



Universidad
Carlos III de Madrid

**Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»
Curso Académico 2014-2015**

Trabajo Fin de Máster

**LA NOVELA «LOS DERECHOS EN SERIO EN EL SISTEMA
REGIONAL INTERAMERICANO»: UNA JUSTIFICACIÓN
TEÓRICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD**

Miguel González Lemus

Tutor

Dr. Fco. Javier Ansuátegui Roig

Getafe, 29 de Enero de 2016

Palabras clave: Control de convencionalidad, sistema interamericano de derechos humanos, Corte IDH, jueces nacionales, dialéctica jurisprudencial, enfoque argumentativo, interpretación constructiva, Derecho como integridad, novela en cadena.

Resumen: A través del enfoque argumentativo de la filosofía jurídica de Ronald DWORKIN y de su metáfora de la actividad judicial como una «novela en cadena», la investigación presenta una justificación teórica del control de convencionalidad. Con este propósito, los jueces de la Corte IDH y de las jurisdicciones nacionales son considerados novelistas que participan en la construcción de una sola obra o novela titulada *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*. El control de convencionalidad representa un capítulo destacado en la historia narrativa de esta obra.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia *Creative Commons*
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	IV
CAPÍTULO I. EL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA INTERAMERICANA	1
1. Preámbulo	1
2. El origen jurisprudencial del control de convencionalidad	2
2.1. Antecedentes y evolución del concepto	2
2.1.1. <i>Control en sede internacional o control concentrado de convencionalidad</i>	3
2.1.2. <i>Control en sede nacional o control difuso de convencionalidad</i>	5
2.2. Fundamentos esgrimidos por la Corte IDH para justificar el control judicial de convencionalidad	10
2.2.1. <i>Cumplimiento de las obligaciones y normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	10
2.2.1.1. <i>Obligaciones de respeto y garantía de los derechos establecidos convencionalmente</i>	10
2.2.1.2. <i>Deber de adoptar las disposiciones y prácticas de Derecho interno conforme a las obligaciones convencionales</i>	13
2.2.2. <i>Cumplimiento de las reglas y principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados</i>	16
3. Disensos de la doctrina respecto del control judicial de convencionalidad	18
3.1. Posturas proclives al control judicial de convencionalidad	18
3.1.1. <i>Novedad y avance</i>	18
3.1.2. <i>Avance sin novedad</i>	23
3.2. Posturas críticas del control judicial de convencionalidad	27
3.2.1. <i>Desprolijidad conceptual</i>	27
3.2.2. <i>Ausencia de una justificación normativa expresa y la objeción del déficit democrático</i>	29
CAPÍTULO II. UN PUENTE CONCEPTUAL HACIA LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD: DEL DIÁLOGO JUDICIAL A LA DIALÉCTICA JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANA	32
1. Planteamiento introductorio	32
2. El diálogo jurisprudencial como respuesta del problema de fundamentación del control judicial de convencionalidad	33

2.1. El diálogo jurisprudencial o interjurisdiccional fomentado por la doctrina	33
2.2. El diálogo jurisprudencial observado por la Corte Interamericana	38
3. Pero, ¿en qué consiste el diálogo judicial o jurisprudencial?	41
3.1. Contexto y antecedentes del diálogo judicial	42
3.1.1. <i>El pluralismo constitucional y la protección multinivel de los derechos</i>	42
3.1.2. <i>La apertura del Estado constitucional</i>	45
3.2. Premisas y características distintivas del diálogo judicial	47
3.3. Clasificación de los diálogos judiciales	51
4. Del diálogo judicial a la dialéctica jurisprudencial interamericana	53
4.1. El diálogo judicial: ¿ejercicio dialógico o dialéctico?	53
4.2. La dialéctica jurisprudencial en el sistema regional interamericano y su imbricación con el control judicial de convencionalidad	57

CAPÍTULO III. PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA UN ASCENSO JUSTIFICATORIO: EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO Y LA NOVELA EN CADENA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

1. Exordio: la necesidad de un ascenso justificatorio del control judicial de convencionalidad desde la teoría del Derecho	62
2. ¿Por qué acudir a DWORKIN?	63
2.1. Relevancia y pertinencia del enfoque del Derecho como argumentación	63
2.2. Relevancia y pertinencia de la obra jurídica de DWORKIN	68
2.2.1. <i>El enfoque argumentativo del Derecho</i>	68
2.2.2. <i>El punto de vista interno</i>	70
2.2.3. <i>Trascendencia de la actividad judicial</i>	72
2.2.4. <i>Teoría que orienta la práctica</i>	74
3. La cadena del Derecho como integridad	78
3.1. El razonamiento jurídico como ejercicio de interpretación constructiva	78
3.1.1. <i>El giro interpretativo o metodológico</i>	78
3.1.2. <i>La interpretación constructiva o creativa</i>	80
3.1.3. <i>La actitud interpretativa como rasgo distintivo de la interpretación constructiva</i>	83
3.1.4. <i>Etapas de la interpretación constructiva</i>	85
3.2. El Derecho como integridad	87
3.2.1. <i>Concepciones del concepto (interpretativo) de Derecho</i>	87
3.2.2. <i>La concepción interpretativa dworkiniana</i>	91
3.2.2.1. <i>La integridad como virtud política</i>	92

3.2.2.2. <i>La integridad en el Derecho</i>	94
3.3. La novela en cadena	96
3.3.1. <i>El Derecho como obra colectiva</i>	96
3.3.2. <i>Dimensiones de concordancia y justificación de la novela</i>	100
3.3.3. <i>La falacia de la «verdadera novela»</i>	103
CAPÍTULO IV. LA NOVELA EN CADENA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	105
1. Prefacio	105
2. Características de la novela « <i>Los derechos en serio en el sistema regional interamericano</i> »	107
2.1. Eslabones dialécticos y novelistas de la obra	107
2.2. Presupuestos axiológicos de la novela	111
2.2.1. <i>La dignidad como valor fundamental de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos</i>	112
2.2.2. <i>El modelo de democracia sustancial como valor</i>	115
2.3. Sobre la interpretación y la coherencia narrativa de la novela	118
2.3.1. <i>La actitud interpretativa de los jueces-novelistas en el marco de la interpretación constructiva de la obra</i>	119
2.3.2. <i>Dimensiones de concordancia y justificación de la novela</i>	122
2.3.2.1. <i>La dimensión de concordancia y la necesidad de una subteoría (abierta) del objeto interpretado</i>	123
2.3.2.2. <i>La dimensión de justificación y criterios de interpretación coadyuvantes</i>	127
2.4. ¿Quién es el editor de la novela? Sobre la doctrina del intérprete final de la Convención y la tesis de la única respuesta correcta	131
3. A modo de epílogo	134
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	140
BIBLIOGRAFÍA	145

INTRODUCCIÓN

El «control judicial de convencionalidad» ha sido impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹. Desde hace una década, este órgano jurisdiccional ha señalado de manera reiterada que los jueces de los Estados partes deben realizar un control o examen de convencionalidad entre las normas jurídicas de sus ordenamientos internos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos². De esta forma, por vía jurisprudencial, se ha exhortado a los jueces nacionales del sistema regional para que asuman una posición (o actitud) más atenta y laboriosa en la tutela de los derechos³ consagrados en la Convención e interpretados por la propia Corte Interamericana.

Este control o examen de convencionalidad propiciado por la Corte IDH ha concitado el interés de la doctrina del Derecho internacional –general y de los derechos humanos– y del Derecho constitucional. Los ensayos y monografías que se han publicado para fundamentar este instituto, así como para criticarlo, se han concentrado de modo preferente en la dimensión jurídico-positiva del problema. En tal sentido, los trabajos doctrinales relativos al control de convencionalidad han versado, principalmente, sobre el sentido y alcance de las obligaciones contraídas por los Estados partes en virtud de la Convención Americana, la aplicación de las reglas y principios del Derecho internacional general, la relación de jerarquía o subordinación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional, las normas de interpretación de la Convención Americana, y la eventual consolidación de un diálogo judicial entre las jurisdicciones domésticas y la Corte regional.

Por nuestra parte, entendemos que además del análisis dogmático mencionado, es relevante y oportuno reflexionar respecto de los cimientos teóricos de la institución y plantear una justificación de la misma desde una dimensión crítica y prescriptiva. Lo dicho se torna particularmente atinente al advertir que los presupuestos y las consecuencias de la aplicación del control judicial de convencionalidad exceden sobremanera los ámbitos de las disciplinas jurídicas que hasta la fecha lo han explicado

¹ En adelante «Corte IDH», «Corte Interamericana», «Corte o Tribunal regional» o «Corte».

² En adelante «CADH», «Convención Americana» o «Convención».

³ Sin perjuicio de la discusión sobre la aproximación lingüística de los derechos, en lo sucesivo emplearemos indistintamente las nociones de «derechos», «derechos y libertades», «derechos humanos» y «derechos fundamentales».

y caracterizado. En este contexto, cabe preguntarse si al margen de las obligaciones internacionales que asumen los Estados y que permitirían fundamentar –desde un punto de vista normativo– la implementación de un control judicial de convencionalidad, ¿qué razones pueden aducirse para comprender y justificar esta práctica desde un prisma teórico que sirvan para respaldar, a su vez, la necesidad de establecer vínculos jurisprudenciales entre la Corte y los jueces de los Estados partes de la Convención Americana? Consideramos que las razones que podrían ser expuestas para este propósito exigen un ascenso de los niveles o lenguajes de justificación, por lo que resulta imperioso situar la discusión en un metalenguaje del lenguaje dogmático.

El presente Trabajo de Fin de Máster tiene como objetivo principal proponer una justificación del control judicial de convencionalidad desde la teoría del Derecho, esto es, desde el metalenguaje precitado. En particular, a través del enfoque argumentativo e interpretativo del Derecho de Ronald DWORKIN y de su perspectiva de la actividad judicial como una «novela en cadena», la investigación procura construir una visión de conjunto de los fenómenos jurídicos asociados al control de convencionalidad, problematizar en torno a los conceptos y métodos empleados por la dogmática jurídica, y, sobre todo, ejercer una labor crítica y de orientación práctica de su aplicación por parte de los jueces nacionales que integran el sistema interamericano de derechos humanos.

Conforme a la finalidad planteada, el Trabajo de Fin de Máster se estructura en cuatro capítulos, además de un capítulo final de conclusiones.

El capítulo primero tiene como objetivo describir y sistematizar los argumentos esgrimidos por la Corte IDH y la doctrina para explicar o criticar el control judicial de convencionalidad. Para ello, acudiremos a las principales sentencias del órgano jurisdiccional interamericano referidas a esta materia, y a los autores más representativos del debate regional, centrándonos en los fundamentos que desarrollan para justificar o desestimar esta práctica judicial y su respectiva valoración.

El capítulo segundo pretende examinar críticamente el concepto de «diálogo judicial o jurisprudencial» –planteado por un sector de la doctrina y por la Corte para justificar la incorporación del control de convencionalidad–, a fin de determinar su pertinencia y plausibilidad para la construcción de una fundamentación teórica del mencionado control. Con este objetivo, contrastaremos los aludidos planteamientos

regionales con los desarrollos teóricos de la doctrina comparada respecto de la idea de diálogo judicial, lo que nos permitirá, a continuación, sustentar nuestra propuesta de «dialéctica jurisprudencial» como enlace o puente conceptual del marco teórico de este trabajo.

El capítulo tercero tiene por finalidad construir el marco teórico de la investigación desde la filosofía jurídica de DWORKIN. Para estos efectos, explicaremos en primer lugar las razones de esta elección metodológica dando respuesta fundada a la pregunta ¿por qué acudir a DWORKIN? Luego de su justificación, desarrollaremos el marco teórico propiamente tal donde abordaremos los principales aspectos de la filosofía jurídica dworkiniana relativos a su visión del Derecho como práctica argumentativa e interpretativa. Específicamente, señalaremos las características del razonamiento jurídico como ejercicio de interpretación constructiva, expondremos su concepción interpretativa denominada «Derecho como integridad», para culminar con el análisis de su metáfora de la actividad judicial como una «novela en cadena».

El capítulo cuarto propone aplicar los presupuestos teóricos planteados en el capítulo precedente. En concreto, consideraremos a los jueces de la Corte IDH y de las jurisdicciones nacionales *como si* fueran novelistas que participan en la construcción de una sola obra o novela titulada *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*. Desde este enfoque, profundizaremos en las características distintivas de la novela. En primer lugar, nos referiremos a su articulación dialéctica y a los novelistas que están legitimados para participar en ella. En segundo lugar, examinaremos los presupuestos axiológicos que respaldan y orientan la trama de la novela. En tercer lugar, explicaremos la actitud interpretativa que han de adoptar los novelistas y las dimensiones de coherencia narrativa que deben observar los capítulos de la obra. Y, en cuarto lugar, asumiremos la discusión sobre quién debe ser el editor de la novela, lo que nos permitirá revisar la doctrina del intérprete final de la Convención Americana y el alcance que para la obra tiene la tesis de la única respuesta correcta. Para finalizar, en el párrafo de cierre del capítulo plantearemos algunas reflexiones generales a modo de epílogo.

Por último, el capítulo quinto contiene las principales conclusiones del presente Trabajo de Fin de Máster.

CAPÍTULO I

EL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD ANTE LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA INTERAMERICANA

1. PREÁMBULO

A diferencia del control de constitucionalidad, no existen textos jurídicos que reconozcan de forma expresa y taxativa el control judicial de convencionalidad. La discusión sobre su incorporación en el sistema interamericano de derechos humanos, se ha originado a partir de las sentencias de la Corte regional que han hecho mención a esta institución o práctica jurídica. Estas sentencias han sido analizadas por la doctrina internacionalista y constitucionalista de los países de Latinoamérica, generándose posturas contrapuestas que, en la mayoría de los casos, han sido favorables a la presencia del referido examen de convencionalidad.

Lo anterior tal vez pueda explicar por qué la justificación del control judicial de convencionalidad se ha situado, por una parte, en el lenguaje de la jurisprudencia de la Corte interamericana y, por otra, en el lenguaje de la doctrina de las citadas ramas del Derecho. Lo cierto es que este diagnóstico preliminar constituye la hipótesis de partida de nuestro trabajo. Esta hipótesis señala que en el ámbito regional de protección, los fundamentos del control judicial de convencionalidad se han limitado a la dimensión jurídico-positiva del problema, no obstante que sus contornos e implicancias van más allá de lo estrictamente normativo.

Ahora bien, para intentar ir más allá y plantear una justificación del control judicial de convencionalidad desde la teoría del Derecho, es indispensable conocer los principales antecedentes, fundamentos y rasgos de esta práctica. Ello nos permitirá determinar y contextualizar el «estado del arte» de su discusión y avance dogmático⁴.

⁴ Esta estrecha e ineludible relación entre la teoría del Derecho y la ciencia jurídica ha sido destacada por Gregorio PECES-BARBA, quien sostiene que «[n]o sólo la Filosofía del Derecho se apoya en la realidad del Derecho válido, descrita por la ciencia jurídica, sino que, en un movimiento inverso, la Filosofía jurídica, a través de la teoría del Derecho y de la teoría de la Justicia, ayuda al operador jurídico a aplicar el Derecho, y así contribuye también a la producción normativa, al Derecho válido, que luego será objeto de descripción científica. Es un proceso circular, flexible y abierto, donde Filosofía del Derecho y ciencia jurídica se interconexionan a través del Derecho válido [...]». Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1983, p. 176.

Atendiendo estas premisas, el presente capítulo tiene por finalidad describir y sistematizar los argumentos sustentados por la Corte y la doctrina regional respecto del control judicial de convencionalidad. De esta forma, en un primer párrafo analizaremos el origen jurisprudencial de la institución. En esta sección, revisaremos los antecedentes y la evolución conceptual del control judicial de convencionalidad, comenzando con su distinción con el control en sede internacional o control concentrado que ejerce la Corte Interamericana. Luego, examinaremos los fundamentos que ha esgrimido la Corte IDH para justificar la incorporación del control de convencionalidad en los ordenamientos internos.

En un segundo párrafo, abordaremos las discusiones doctrinales que se han presentado en torno a esta práctica, para lo cual clasificaremos estas posiciones en dos grandes categorías: posturas proclives al control judicial de convencionalidad y posturas críticas del mismo. Dentro de las primeras, a su vez, realizaremos una subdistinción en función de la valoración y originalidad que asignan a esta práctica. Dentro de las posturas críticas, por su lado, efectuaremos una diferenciación en razón del tenor de sus argumentos. Así, distinguiremos entre aquellas que no comparten la conceptualización de la institución y las que cuestionan la falta de una normativa expresa que la justifique, además del déficit democrático que adolecería la incorporación del control judicial de convencionalidad en los ordenamientos internos.

2. EL ORIGEN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. Antecedentes y evolución del concepto

En el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, la noción de «control de convencionalidad» se ha configurado y clasificado en torno a los ámbitos y formas de aplicación de este concepto. De esta manera, es posible distinguir un control en sede internacional o control concentrado de convencionalidad y un control en sede nacional o control difuso de convencionalidad. El primero, es el que debe realizar la Corte IDH al ejercer su competencia contenciosa resolviendo los casos sometidos a su decisión. El segundo, a su vez, corresponde al que debiesen efectuar los jueces nacionales de los Estados partes de la Convención Americana, en el marco de sus respectivas actividades jurisdiccionales.

2.1.1. Control en sede internacional o control concentrado de convencionalidad

El concepto control de convencionalidad en el sistema interamericano aparece por vez primera en 2003, en un voto concurrente emitido por el juez de la Corte IDH Sergio GARCÍA respecto de la sentencia del caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*. Específicamente, al referirse a las características de la atribución de responsabilidad internacional de un Estado parte que ha infringido las obligaciones señaladas en la Convención Americana, el juez GARCÍA manifestó que «no es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o alguno de sus órganos [...] y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional»⁵.

El control de convencionalidad que enuncia el juez GARCÍA dice relación con la facultad que tiene la Corte IDH, en el ejercicio de su función jurisdiccional o contenciosa⁶, para examinar si los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana han vulnerado –ya sea a través de acciones u omisiones de cualquiera de sus órganos– los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado. El mismo juez en un voto concurrente de la sentencia del caso *Tibi versus Ecuador* de 2004, estableció un símil entre la labor de la Corte IDH y la que realizan los tribunales constitucionales de los Estados partes. En su opinión, estos tribunales revisan las disposiciones de alcance general impugnadas «a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales». A su turno, la Corte regional «analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que

⁵ Cfr. GARCÍA, Sergio, voto concurrente en el pronunciamiento de la Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párr. 27.

⁶ La competencia *contenciosa* de la Corte Interamericana se establece en el artículo 62.3 de la CADH. Esta norma señala que «[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de [la] Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia [...]». En virtud de esta competencia, el artículo 63.1 establece que al momento de decidir «que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada». A su vez, cabe señalar que junto a esta facultad jurisdiccional, la Corte cuenta con una competencia *consultiva* en virtud de la cual, según lo indica el artículo 64.1 del mismo tratado, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), podrán consultarle «acerca de la interpretación de [la] Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en [dichos] Estados». El artículo 64.2 agrega que a solicitud de un Estado miembro de la OEA, la Corte «podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

funda su competencia contenciosa». En este sentido, agregó que si los tribunales constitucionales controlan la «constitucionalidad» de la legislación interna, la Corte IDH resuelve acerca de la «convencionalidad» de esos actos, con la finalidad de conformar la actividad del poder público «al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía»⁷.

El juez GARCÍA utilizó nuevamente la expresión en comento, al señalar en su voto concurrente de la sentencia del caso *López Álvarez versus Honduras* de 2006, que la Corte Interamericana «que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”– debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso»⁸.

A su vez, en el voto concurrente de la sentencia del caso *Vargas Areco versus Paraguay* del mismo año, el juez GARCÍA aclaró respecto de esta labor de confrontación que debe efectuar la Corte entre los actos de un Estado parte y las normas de la Convención Americana, que el órgano jurisdiccional interamericano no puede ni pretende «convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno»⁹. Por el contrario, la Corte IDH, añadió el magistrado, «sólo puede confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza»¹⁰. Bajo este razonamiento, sostuvo que la jurisdicción interamericana no representa una nueva instancia en relación al litigio interno, razón por la cual «el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y [en la dictación] de absoluciones o condenas»¹¹.

⁷ Cfr. GARCÍA, Sergio, voto concurrente en el pronunciamiento de la Corte IDH, *Caso Tibi versus Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 3.

⁸ Cfr. GARCÍA, Sergio, voto concurrente en el pronunciamiento de la Corte IDH, *Caso López Álvarez versus Honduras*, sentencia de 1 febrero de 2006, Serie C, N° 141, párr. 30.

⁹ Cfr. GARCÍA, Sergio, voto concurrente en el pronunciamiento de la Corte IDH, *Caso Vargas Areco versus Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155, párr. 6.

¹⁰ Cfr. *Ídem*, párr. 7.

¹¹ Cfr. *Ibidem*.

Con estas últimas precisiones sobre las características de la función jurisdiccional de la Corte, el juez Sergio GARCÍA no hizo sino reafirmar la naturaleza coadyuvante o complementaria del sistema interamericano en la protección de los derechos humanos en relación a los ordenamientos internos, rasgo señalado en el mismo Preámbulo de la Convención Americana¹².

De lo expuesto, en consecuencia, cabe colegir que la denominación control de convencionalidad –en sede internacional– es acuñada y utilizada hace un poco más de dos lustros a través de los razonamientos particulares de uno de los jueces de la Corte IDH. No obstante lo anterior, la práctica y labor que esta noción significa y representa está asentada como una función inherente de la competencia contenciosa del órgano jurisdiccional interamericano¹³. En efecto, desde sus primeras sentencias hace más de veinticinco años¹⁴, la Corte se ha encargado de verificar la compatibilidad de las acciones u omisiones del Estado demandado con las normas de la Convención Americana, a fin de determinar si ha incurrido en responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones que surgen del citado tratado sobre derechos humanos.

2.1.2. Control en sede nacional o control difuso de convencionalidad

Sin perjuicio de la confluencia de sus nomenclaturas y de compartir un origen jurisprudencial, el control en sede nacional o control difuso de convencionalidad se ha

¹² El Preámbulo de la CADH señala en su segundo considerando que los Estados americanos reconocen «que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de [dichos] Estados». A mayor abundamiento, el carácter subsidiario de la intervención de los órganos interamericanos queda de manifiesto con la regla procesal del agotamiento de los recursos internos. Ésta indica que para presentarse una demanda en contra de un Estado que se considere que ha infringido las normas y obligaciones de la Convención Americana, es requisito indispensable, de acuerdo al artículo 46.1 literal a) de la misma Convención, «que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos».

¹³ A este respecto, Juan Carlos HITTERS señala que no cabe duda que al utilizarse la terminología «control de convencionalidad» no se quiere decir que recién a partir del caso *Myrna Mack Chang* la Corte IDH haya ejercido tal potestad, «porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología». Cfr. HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2009, pp. 110-111.

¹⁴ El primer pronunciamiento contencioso de la Corte IDH corresponde al *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4. No obstante la fecha de esta sentencia, conviene precisar que la Corte fue establecida formalmente el 19 de julio de 1978 al entrar en vigencia la Convención Americana con el instrumento de ratificación décimo primero.

configurado progresivamente con una fisonomía particular respecto del control de convencionalidad que realiza la Corte IDH. En la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros versus Chile*, de 26 de septiembre de 2006, fue la primera ocasión en que el pleno de la Corte Interamericana se refirió expresamente al control de convencionalidad en tanto potestad de los jueces nacionales de los Estados que integran el sistema regional. Específicamente, la Corte señaló que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», indicando a continuación que en esta labor «el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, [en su calidad de] intérprete última de la Convención Americana»¹⁵.

De esta manera, por vía jurisprudencial, la Corte IDH estableció una suerte de justicia convencional difusa a cargo de los jueces nacionales quienes, en el ejercicio de sus actividades jurisdiccionales, deberían realizar un examen de convencionalidad cotejando las normas jurídicas de sus respectivos ordenamientos con las disposiciones de la Convención Americana y la jurisprudencia de la propia Corte, a fin de determinar la compatibilidad de las normas internas con los derechos y libertades reconocidos y tutelados por el sistema interamericano.

La exhortación de esta práctica a los jueces nacionales de la región ha sido confirmada por la Corte Interamericana en sucesivos pronunciamientos contenciosos, en los que, además, ha agregado ciertas precisiones y matices, no siempre lineales ni uniformes. Es así como en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, de 24 de noviembre de 2006, la Corte manifestó que «los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes»¹⁶. En relación a los criterios expuestos en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana planteó en esta sentencia algunas modificaciones y especificaciones de relevancia. En primer lugar, se refiere al control de constitucionalidad como una función propia de los órganos del poder judicial,

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

¹⁶ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

compatible con el control de convencionalidad. En segundo lugar, elimina la expresión «una especie de control» afirmando de manera taxativa que la judicatura debe efectuar un control de convencionalidad. En tercer lugar, agrega que dicho control debe proceder de oficio. Y, por último, supedita la intervención de los jueces nacionales en la práctica del control de convencionalidad a las facultades y competencias asignadas en sus ordenamientos internos.

Estos criterios de la Corte IDH, sobre todo los relativos a la potestad de control de oficio y al respeto de las reglas procesales de cada Estado, se consolidaron en sus pronunciamientos jurisdiccionales de los años siguientes. Asimismo, el órgano regional evitó realizar nuevas referencias al ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los jueces internos, para concentrarse única y exclusivamente en respaldar y justificar el control de convencionalidad en sede nacional. En esta línea jurisprudencial se enmarca, por ejemplo, la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, de 26 de noviembre de 2010, en el que la Corte Interamericana señaló que «[l]os jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes», añadiendo que «[e]n esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia» deben tener en consideración no sólo las disposiciones de la Convención, sino la interpretación que de este instrumento haya efectuado la Corte como intérprete última del tratado¹⁷.

A diferencia de los casos precedentes, la Corte establece en la sentencia de *Cabrera García y Montiel Flores* que el control de convencionalidad deben realizarlo «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia» y no el «Poder Judicial» (*Almonacid Arellano*) o «los órganos del Poder Judicial» (*Trabajadores Cesados del Congreso*). Este cambio ha sido observado como la manifestación de una decidida intención de la Corte de recalcar que el control difuso de convencionalidad debe ser llevado a cabo por todo juez, tribunal u órgano estatal que realice funciones jurisdiccionales, labor que involucra y convoca, además de las cortes supremas,

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220, párr. 225.

tribunales superiores de justicia y jueces ordinarios de los Estados partes, a sus respectivas salas, cortes o tribunales constitucionales, según sea el caso¹⁸.

No obstante lo anterior, la Corte ha procurado dar un paso más en el reforzamiento de los estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales en los ordenamientos de los Estados partes, al señalar en la sentencia del caso *Gelman versus Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, que el control de convencionalidad «es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial»¹⁹. Esta postura ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de los casos de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*²⁰, y *Hernández y otros versus El Salvador*²¹, ambas de 2014.

Los motivos de la ampliación de sus criterios respecto de los órganos llamados a ejercer el control de convencionalidad, quedan claramente expuestos por la Corte IDH en una opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. En este pronunciamiento no contencioso, la Corte consideró relevante recordar que desde el momento en que un Estado ratifica un tratado internacional, como la Convención Americana, «dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél». Es por tal razón que la Corte «estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad [...]»²².

¹⁸ Prueba de ello es lo señalado por el juez *ad hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado en la misma sentencia, quien expresó que «[l]a intencionalidad de la Corte IDH en el marco de este desarrollo jurisprudencial es clara: definir que la doctrina del “control convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, el “control convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por su supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones» de los países que han suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, voto razonado en la sentencia de la Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, cit., párrs. 19-20.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

²⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, N° 282, párr. 497.

²¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros versus El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, N° 285, párr. 213.

²² Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, N° 21, párr. 31.

De esta manera, la Corte ha querido enfatizar que todos los órganos y poderes públicos deben actuar de conformidad a las normas y obligaciones convencionales, por lo que deben contrastar sus actos y decisiones con las disposiciones de la Convención Americana, con el objetivo de que no comprometan la responsabilidad internacional del respectivo Estado.

Ahora bien, dado el diseño institucional de los ordenamientos jurídicos internos, lo usual es que sean los jueces u órganos jurisdiccionales los encargados de conocer y resolver los casos sobre violaciones de derechos fundamentales generados por actos y decisiones de autoridades públicas. Por consiguiente, la responsabilidad internacional del Estado sólo podrá impetrarse ante el sistema interamericano cuando la víctima de una vulneración o afectación de sus derechos, no haya encontrado la debida reparación o tutela por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, sean éstos de la justicia ordinaria o constitucional.

Así, por lo demás, lo entiende y lo ha manifestado expresamente la propia Corte IDH. En la etapa del cumplimiento de la sentencia del caso *Gelman* señaló que el control de convencionalidad tiene directa relación con el «principio de complementariedad», en virtud del cual «la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios». En este sentido, la Corte indicó que «el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales», lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el sistema interamericano frente a las garantías procesales de los derechos y libertades reguladas en los ordenamientos internos²³.

En consecuencia, hablar del control de convencionalidad en sede nacional o del control difuso de convencionalidad, es hablar, en estricto rigor, del control que debiesen efectuar los órganos jurisdiccionales internos en los casos sometidos a su conocimiento, a fin de verificar la compatibilidad de las normas y decisiones adoptadas en sus

²³ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 70.

respectivos ordenamientos con las disposiciones de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH que verse sobre la materia objeto del litigio. En otras palabras, el control de convencionalidad que está llamado a desempeñar una función jurídica de singular relevancia en el Derecho interno no es otro que el control judicial de convencionalidad.

2.2. Fundamentos esgrimidos por la Corte IDH para justificar el control judicial de convencionalidad

La Corte IDH ha fundamentado la doctrina del control judicial de convencionalidad sobre la base de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y de los principios de Derecho internacional regulados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Las obligaciones que se derivan de la Convención Americana se refieren, por una parte, a las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos establecidos convencionalmente y, por otra, al deber de adoptar las disposiciones y prácticas de Derecho interno conforme a dichas obligaciones generales. Asimismo, las citadas disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dicen relación con el cumplimiento de los principios *pacta sunt servanda* y la imposibilidad de invocar el Derecho interno para justificar el incumplimiento de normas y obligaciones internacionales, respectivamente.

2.2.1. Cumplimiento de las obligaciones y normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.2.1.1. Obligaciones de respeto y garantía de los derechos establecidos convencionalmente

El artículo 1.1 de la Convención Americana prescribe las obligaciones generales de los Estados partes de respetar los derechos fundamentales establecidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sometida a su jurisdicción²⁴. De acuerdo a la Corte IDH, esta norma «constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención», por lo que considera que

²⁴ Esta disposición señala expresamente: «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

tiene un carácter esencial al momento de determinar si una violación de los derechos humanos consagrados en el tratado puede ser atribuida a un Estado parte²⁵.

La obligación jurídica de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención se materializa, desde la noción liberal clásica, como una restricción del ejercicio del poder estatal. De esta manera, la obligación basal de los órganos y poderes públicos que conforman el Estado consiste en no infringir o no vulnerar los derechos fundamentales establecidos en el tratado. En consecuencia, cualquier violación o afectación de estos derechos generada por el Estado, significa *per se* un incumplimiento de la obligación de respeto establecida convencionalmente.

Por su parte, la obligación jurídica de garantía presenta un contenido y alcance más amplio que la obligación de respeto, toda vez que impone al Estado el deber de adoptar las acciones necesarias para asegurar el ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, no agotándose en un deber de no interferencia o de abstención de conductas que involucren una violación de éstos. Desde sus primeros pronunciamientos contenciosos, la Corte ha sostenido que la obligación de garantía implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²⁶. Asimismo, ha señalado que en virtud de la obligación de garantía los Estados tienen el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos; de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables y de imponerles las sanciones correspondientes; procurando, si es posible, restablecer el derecho conculcado y, en su caso, reparar los daños generados por la violación de los derechos humanos²⁷.

En este sentido, la Corte Interamericana ha expresado de manera reiterada y uniforme que la obligación de garantizar los derechos regulados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de este deber, sino que «comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de

²⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, cit., párrs. 163-164.

²⁶ Cfr. *Ídem*, párr. 166.

²⁷ Cfr. *Ídem*, párrs. 166 y 174.

los derechos humanos»²⁸. Esto involucra, por ejemplo, que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento de la obligación general de garantía²⁹.

Si el Estado parte infringe las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, compromete su responsabilidad internacional. A juicio de la Corte, la atribución de esta responsabilidad estatal por violación de obligaciones convencionales «se funda en actos u omisiones de cualquier poder, órgano o autoridad pública, independientemente de su jerarquía»³⁰, ya que constituye un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y las omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, y aún si actúan fuera de los límites de su competencia³¹.

En este contexto, la Corte entiende que el control de convencionalidad es una práctica que deben efectuar los diversos órganos del Estado para que, antes que todo, puedan prevenir las posibles afectaciones o vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana. De no ser esto posible, verificándose, en consecuencia, la violación de algunos de los derechos y libertades establecidos en el tratado, la Corte conmina a los Estados partes para que investiguen las vulneraciones que se hayan producido dentro de sus respectivas jurisdicciones, con el fin de sancionar a los responsables y de restablecer al lesionado en el goce de sus derechos conculcados o, en su caso, resarcir los daños generados por la violación de los derechos reclamados. En otras palabras, si el Estado no realiza el control de convencionalidad a través de sus órganos públicos y, en particular, a través de la actividad jurisdiccional de sus jueces competentes, vulnerará las obligaciones generales estipuladas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, con lo cual podrá ser

²⁸ Cfr. *Ídem*, párr. 167.

²⁹ Cfr. Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la CADH), Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, N° 11, párr. 34.

³⁰ Corte IDH, *Caso Godínez Cruz versus Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 173.

³¹ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela versus Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 163, párr. 67.

reclamada su responsabilidad internacional ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos³².

2.2.1.2. Deber de adoptar las disposiciones y prácticas de Derecho interno conforme a las obligaciones convencionales

De la igual manera, y en directa relación con las obligaciones generales de respeto y garantía analizadas, el artículo 2 de la Convención Americana establece que si el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella «no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de [la misma] Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

La Corte IDH se ha encargado de aclarar que la obligación prescrita en el artículo 2 es una obligación adicional que se suma a las que derivan del artículo 1.1, con la finalidad de hacer más tangible y determinante el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso, ha recalcado que «la obligación que [surge] del artículo 2 complementa, pero de manera alguna sustituye o suple, a la obligación general y no condicional que resulta del artículo 1». Una interpretación distinta, ha indicado la Corte, conduciría al resultado «irracional y absurdo» de que el artículo 1º sería inaplicable si no se dictaran las disposiciones de Derecho interno mencionadas por el artículo 2º, lo que es absolutamente inadmisibles ya que privaría de toda eficacia al sistema de protección impuesto por la Convención Americana³³.

Además de lo anterior, la Corte ha manifestado que el artículo 2 no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del Derecho interno a la Convención, básicamente porque ello depende del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta³⁴. Con todo, la Corte ha procurado puntualizar que la referida adecuación del ordenamiento interno implica la adopción de medidas en

³² Los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes de la Convención son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte. Las peticiones que contengan denuncias de violación de la Convención Americana por un Estado parte, sólo pueden ser presentadas ante la Comisión, quien, a su turno, es el órgano facultado para someter un caso a la decisión jurisdiccional de la Corte IDH.

³³ Cfr. Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1 y 2 de la CADH), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A, N° 7, párr. 6.

³⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso La Cantuta versus Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 172.

dos vertientes: en primer lugar, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio (lo cual implica que la norma o práctica violatoria de la Convención debe ser modificada, derogada o anulada, según corresponda); y, en segundo lugar, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías³⁵.

Si las normas jurídicas de un Estado parte son contrarias a la Convención Americana, para la Corte resulta indiferente que hayan sido adoptadas de conformidad a su ordenamiento interno. Incluso más, la Corte ha llegado a sostener que la circunstancia que una ley «haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía [a través de mecanismos de referéndum o plebiscito] no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho internacional»³⁶. En este sentido, ha agregado que la legitimación democrática de los actos y decisiones que se adopten en una sociedad están limitados por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que «la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas»³⁷.

De acuerdo a la Corte IDH, la obligación de suprimir normas y prácticas violatorias de la Convención se incumple o infringe mientras éstas se mantengan vigentes en el ordenamiento jurídico. Tal fue el antecedente de hecho del caso *Almonacid Arellano* en

³⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186, párr. 180; y *Caso Maldonado Vargas y otros versus Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C, N° 300, párr. 124.

³⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, cit., párr. 238. La Corte se refiere específicamente a Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, promulgada en 1986 por el nuevo gobierno democrático para evitar que fueran investigados los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, durante el régimen de facto que se prolongó en Uruguay desde 1973 hasta febrero de 1985. En 2009 la Suprema Corte de Justicia uruguaya declaró inconstitucional la Ley de Caducidad en la causa *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, resolviendo su inaplicabilidad en el respectivo caso. Posteriormente, se sometió a referéndum un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Carta Fundamental una disposición especial que declararían nula la Ley de Caducidad, propuesta que no fue aprobada al haber alcanzado el 47,7% de los votos emitidos por la ciudadanía.

³⁷ Cfr. *Ídem*, párr. 239.

el que, como sabemos, la Corte se refirió por vez primera al control judicial de convencionalidad³⁸. El Estado de Chile, aún después de haber ratificado la Convención Americana en 1990, mantenía vigente en su ordenamiento el decreto ley N° 2.191, de 1978, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que habían incurrido en hechos delictivos entre 1973 y 1978, es decir, durante los cinco primeros años de la dictadura militar de Augusto Pinochet. En virtud de esta disposición, el proceso penal por el asesinato del profesor de enseñanza básica y militante del partido comunista, Luis Alfredo Almonacid Arellano, fue sobreseído definitivamente y archivado, sin haberse podido juzgar y sancionar a los responsables.

Sin perjuicio que la tarea primigenia en este caso correspondía al legislador democrático, quien debió haber derogado o anulado el respectivo decreto ley de amnistía, su inacción no era óbice para la intervención y pronunciamiento de los jueces internos. Así lo entendió precisamente la Corte Interamericana, al especificar que la obligación legislativa que establece el artículo 2 de la Convención «tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular»³⁹. Sin embargo, añadió la Corte, «cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana [como es el caso del decreto ley N° 2.191], el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella»⁴⁰.

En este marco, la Corte consideró que no obstante que los jueces internos están sujetos al imperio de la ley y, por lo tanto, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en su ordenamiento jurídico, «cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos»⁴¹.

³⁸ Véase *supra*, Cap. I, § 2.1.2, p. 6.

³⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano...*, *cit.*, párr. 123.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁴¹ Cfr. *Ídem*, párr. 124.

Estos razonamientos constituyen las premisas que permiten a la Corte plantear a reglón seguido que «[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»⁴². De esta manera, la Corte hace un llamamiento a los jueces nacionales para que, cada vez que constaten la incompatibilidad de una norma interna con los derechos reconocidos en la CADH, declaren una suerte de inaplicabilidad por inconvencionalidad de dicha norma para el caso particular.

Aun cuando no lo ha dicho la Corte expresamente, este mecanismo o instituto de control bien podría ser observado como una manifestación clara de la segunda vertiente de las medidas que deben adoptarse para dar cumplimiento al deber de adecuación del artículo 2 de la Convención, vale decir, el control judicial de convencionalidad puede ser comprendido como una práctica conducente a la efectiva observancia de los derechos fundamentales reconocidos y tutelados en el sistema interamericano.

2.2.2. Cumplimiento de las reglas y principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Junto con invocar el cumplimiento de las obligaciones generales contenidas en la Convención Americana, la Corte ha sustentado la doctrina del control judicial de convencionalidad en los principios relativos a la observancia de los tratados prescritos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Concretamente, ha manifestado que las obligaciones que el Derecho internacional establece deben ser cumplidas de buena fe por los Estados partes, conforme lo indica el principio *pacta sunt servanda* reconocido en el artículo 26 de la citada Convención. Asimismo, la Corte ha señalado reiteradamente que los Estados partes no pueden impetrar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones y normas de la Convención Americana –y demás tratados sobre derechos humanos–, de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la misma Convención de Viena⁴³.

De esta manera, los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana, deben cumplir de buena fe sus prescripciones, particularmente las

⁴² Cfr. *Ibidem*.

⁴³ Cfr. *Ídem*, párr. 125.

concernientes a las obligaciones de respetar y garantizar los derechos fundamentales reconocidos en el tratado, y al deber de adoptar las disposiciones o prácticas de Derecho interno que resultaren necesarias para hacer efectivos tales derechos. Al momento de observar estas normas y obligaciones convencionales, los Estados partes no podrán alegar las disposiciones de su ordenamiento jurídico como razones justificatorias del incumplimiento de dichas normas y obligaciones, es decir, no podrán invocar su Derecho interno como una causal eximente de su responsabilidad internacional.

Ahora bien, que la Convención Americana deba cumplirse de buena fe requiere de una precisión adicional vinculada con las normas generales de interpretación que establece el artículo 31 párrafo 1º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta norma indica que los pactos internacionales deben «interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin».

Sobre la dimensión teleológica de los tratados sobre derechos humanos, en general, y de la Convención Americana, en particular, la Corte ha señalado que éstos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. A su juicio, el objeto y fin de estos instrumentos «son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes»⁴⁴. En esta línea, la Corte ha destacado que al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, «los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»⁴⁵.

Por consiguiente, la interpretación de buena fe que hagan los Estados partes de la Convención Americana no puede estar dissociada del tenor de sus disposiciones, del contexto de su aplicación y, sobre todo, de la finalidad o sentido de su adopción, a saber, la protección de los derechos humanos de todos los individuos sujetos a la jurisdicción de los respectivos Estados. Bajo estos presupuestos normativos y

⁴⁴ Cfr. Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75 CADH)*, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de diciembre de 1982, Serie A, Nº 2, párr. 29.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*.

hermenéuticos, la Corte ha planteado el instituto del control judicial de convencionalidad a través de su jurisprudencia, abriendo con ello la discusión doctrinal en torno a los fundamentos de su existencia y la viabilidad de su incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos.

3. DISENSOS DE LA DOCTRINA RESPECTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD

La recepción del control judicial de convencionalidad por parte de la doctrina vinculada al sistema interamericano de derechos humanos no ha sido pacífica ni uniforme. Nutrida por una jurisprudencia contenciosa que ofrece tantos desafíos e impulsos jurídicos como dudas y cuestionamientos, podemos sistematizar las visiones de la dogmática internacionalista y constitucionalista respecto del control de convencionalidad en dos grandes categorías, a saber, posturas proclives al control y posturas críticas del mismo.

Dentro de las primeras, a su vez, es posible distinguir las que observan el control judicial de convencionalidad como una novedad y avance, y aquellas que lo caracterizan como un avance mas no como una novedad del sistema interamericano. A su turno, en el ámbito de las posturas críticas se pueden diferenciar las que no comparten la conceptualización de la institución y las que cuestionan la inexistencia de una normativa expresa que la justifique, además del déficit democrático que adolecería su incorporación en los ordenamientos internos.

A continuación, nos referiremos a cada una de estas posturas a través de la revisión de los autores que, según nuestro parecer, son los más representativos de cada planteamiento, centrándonos, específicamente, en los fundamentos que desarrollan para justificar o desestimar el control judicial de convencionalidad y su respectiva valoración de este instituto.

3.1. Posturas proclives al control judicial de convencionalidad

3.1.1. *Novedad y avance*

Entre los autores que respaldan la incorporación del control judicial de convencionalidad y lo conciben como una especial novedad y avance del sistema

interamericano, cabe mencionar, en primer lugar, a Ernesto REY CANTOR. Para entender el contexto del surgimiento de esta práctica, el jurista colombiano plantea que el principio de supremacía constitucional ha comenzado a erosionarse desde el momento en que un Estado parte de un tratado que reconoce derechos humanos –como la Convención Americana–, adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos, y de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacerlos efectivos, esto es, de legislar de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos⁴⁶.

Bajo este esquema, REY CANTOR considera que la Convención es la principal norma en la Organización de Estados Americanos (OEA), con lo cual sugiere que se ha trasladado la supremacía normativa desde las constituciones de los Estados partes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esta manera, el Derecho interno de los Estados partes estaría subordinado al tratado regional convirtiéndose, en consecuencia, en un Derecho infraconvencional⁴⁷. Este marco permitiría comprender de mejor forma la justificación y finalidad del control de convencionalidad en sede nacional. En palabras de REY CANTOR, en virtud de este control «el juez interno tiene competencia para inaplicar el Derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (Derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana»⁴⁸. Agrega que la confrontación aludida es una técnica jurídica que se denomina «control», y que tiene por objeto «asegurar y hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana»⁴⁹.

REY CANTOR da por hecho que a partir del caso *Almonacid Arellano versus Chile*, todo juez nacional tiene competencia para aplicar el control de convencionalidad, al que identifica como una especie de control difuso ya que cualquier juez nacional debe oficiosamente practicar esta forma de control⁵⁰. Sobre estas bases doctrinales y jurisprudenciales que respaldan la incorporación del control judicial de convencionalidad, el autor es categórico en señalar que «ha nacido un nuevo

⁴⁶ Cfr. REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008, p. XLVII.

⁴⁷ Cfr. *Ídem*, p. XLIX.

⁴⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 46-47.

⁴⁹ Cfr. *Ídem*, p. 47.

⁵⁰ Cfr. *Ídem*, pp. 49 y 201.

constitucionalismo latinoamericano gracias a la jurisprudencia de la Corte», generándose un verdadero «*ius commune* interamericano de los derechos humanos»⁵¹.

Por su parte, el magistrado costarricense Ernesto JINESTA entiende que el control de convencionalidad desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH, plantea a los tribunales y salas constitucionales de Latinoamérica nuevos retos y desafíos en el ejercicio de sus funciones de fiscalización constitucional. En su opinión, la incorporación de este control supone un cambio favorable en la teoría de las fuentes del Derecho y una importante revisión en una serie de categorías dogmáticas, así como el surgimiento de otras absolutamente novedosas. De esta manera, considera que ahora se puede hablar de un «parámetro o bloque de convencionalidad» que debe ser interpretado y aplicado por los jueces constitucionales, de una mutación positiva del principio de supremacía constitucional, de la «inconvencionalidad» de las normas locales y de la «declaratoria de inconvencionalidad» de una norma o disposición nacional, entre otros aspectos⁵².

En este contexto, JINESTA afirma que el control de convencionalidad implica la necesidad de despojarse de significativos «lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica», como es el caso de la supremacía exclusiva de la Constitución⁵³. Estos cambios en la forma de concebir el Derecho público en los países de la región, permitiría transformar a los jueces constitucionales en verdaderos «jueces interamericanos», ya que son, según JINESTA, los primeros guardianes y custodios del parámetro de convencionalidad, rasgo que, a su vez, podría fortalecer el carácter complementario o subsidiario de la jurisdicción regional de la Corte Interamericana⁵⁴.

En la misma línea y enfocado desde una perspectiva local, Miguel CARBONELL observa el control judicial de convencionalidad como uno de los puntos cruciales del conjunto de cambios que trajo consigo la reforma constitucional de 2011 en México⁵⁵.

⁵¹ Cfr. *Ídem*, pp. 204-205.

⁵² Cfr. JINESTA, Ernesto, «Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales», en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, Fundap, México, 2012, pp. 2-3.

⁵³ Cfr. *Ídem*, p. 3.

⁵⁴ Cfr. *Ídem*, p. 19.

⁵⁵ Entre estas modificaciones destaca el reconocimiento explícito de los criterios hermenéuticos de la «interpretación conforme» y del principio «pro persona». Concretamente, el nuevo párrafo 2º del artículo 1 de la Carta Fundamental mexicana señala: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

Se refiere a estas transformaciones –articuladas en torno a la apertura del sistema jurídico al ordenamiento internacional–, como la manifestación que anuncia un profundo cambio de época para los juristas⁵⁶. En su concepto, a partir de las transformaciones generadas por el control de convencionalidad las reglas del juego cambiaron, señalando, entre otras materias, que los estándares de los razonamientos jurídicos serán distintos en el futuro, que los actores responsables de garantizar los derechos humanos se han ampliado de forma considerable y que las técnicas de interpretación de los derechos han variado⁵⁷.

Para explicar estos nuevos escenarios CARBONELL se apoya en una premisa básica: «los tratados se firman para ser cumplidos». Agrega que el Estado mexicano es entusiasta al momento de firmar tratados internacionales, pero que no demuestra la misma disposición a la hora de darles seguimiento respecto de su implementación y cumplimiento⁵⁸. En este sentido, CARBONELL expresa que el control de convencionalidad –sin perjuicio de su origen jurisprudencial– es una consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente, citando al efecto el contenido de las obligaciones prescritas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana⁵⁹. Para el cumplimiento de estas obligaciones, sostiene, los Estados deben hacer todo aquello que esté a su alcance, lo que incluye adaptaciones normativas, puesta en marcha de diagnósticos, implementación de políticas públicas y reorganización –desde un punto de vista procesal, pero también sustantivo– de la forma de resolver de los jueces⁶⁰.

Por último, en este primer grupo de autores podemos citar al jurista argentino Néstor SAGÜÉS, quien avala la presencia del control judicial de convencionalidad como una novedad y avance del sistema interamericano, pero no exenta de importantes prevenciones. De partida, hace hincapié en que el criterio de la Corte Interamericana en la elaboración del citado control no ha sido siempre coincidente y que tal vez contiene

⁵⁶ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2013, p. 67.

⁵⁷ Cfr. *Ídem*, pp. 67-68.

⁵⁸ Cfr. *Ídem*, p. 68. Este rasgo del Estado mexicano, cabe puntualizar, no es muy distinto en el resto de la región.

⁵⁹ Cfr. *Ídem*, pp. 69-70. Al respecto, véase *supra*, Cap. I, § 2.2.1, pp. 10-16.

⁶⁰ Cfr. *Ídem*, p. 70.

«algunas desprolijidades preocupantes»⁶¹. Con todo, SAGÜÉS considera que la doctrina del control de convencionalidad, bien aplicada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos y edificar un *ius commune* en tal materia, en el ámbito interamericano⁶². Por ello no duda en señalar que el control propuesto por la Corte IDH se trata de «una innovación muy significativa, quizá copernicana» para el sistema regional⁶³.

En cuanto a los fundamentos jurídicos del control, SAGÜÉS sistematiza lo dicho por la Corte Interamericana, esto es, las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe por los Estados partes, y no es posible alegar el Derecho interno para incumplirlas, conforme lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁴. No obstante lo anterior, agrega que, en concreto, la obligación de los jueces locales de inaplicar el Derecho doméstico opuesto a la Convención Americana o a la jurisprudencia de la Corte, no surge de ningún artículo de este tratado. En su criterio, los Estados partes se han comprometido solamente a cumplir las sentencias que dicta la Corte en los litigios en que estuvieren involucrados. En consecuencia, lo que ha hecho la Corte Interamericana al formular el control judicial de convencionalidad es realizar una «interpretación mutativa por adición» de las disposiciones de la Convención, con la finalidad de fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos, incluyendo la autoridad de la propia Corte⁶⁵.

⁶¹ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 2010, p. 119.

⁶² Cfr. *Ídem*, p. 132.

⁶³ Cfr. *Ibidem*. Cabe hacer presente que el mismo SAGÜÉS señala en otro ensayo que la expresión «control de convencionalidad» referida a los jueces ordinarios, fue utilizada por primera vez por el Consejo Constitucional de Francia en la sentencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo (*Interruption volontaire de grossesse*), de 15 de enero de 1975. En este caso, el Consejo Constitucional se negó a realizar un «control de convencionalidad» de las leyes francesas con un tratado internacional, dentro del mecanismo de control de constitucionalidad. A juicio del Consejo, dicho control de convencionalidad debía quedar en manos de las jurisdicciones ordinarias por aplicación del artículo 55 de la Constitución, el cual establece el principio de superioridad de los tratados sobre las leyes. Cfr. SAGÜÉS, Néstor, *El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pp. 402-403. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>.

⁶⁴ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, «Obligaciones internacionales...», *op. cit.*, p. 120.

⁶⁵ SAGÜÉS especifica que «[e]n la interpretación mutativa por adición, el texto normativo [en este caso, la CADH] permanece inalterado, pero su contenido se amplía por voluntad del intérprete-operator». De esta manera, se le suma la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el Derecho interno opuesto a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a interpretar dicho ordenamiento interno conforme a la Convención y a esa jurisprudencia. Cfr. SAGÜÉS, Néstor, *El control de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 384, nota 6.

En este marco, SAGÜÉS expresa que el objetivo específico del control de convencionalidad es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es o no convencional, es decir, acorde con dicho tratado. Si lo es, el juez debe aplicarla. En caso contrario, no debe aplicarla por resultar inconvencional. Se trata, por consiguiente, de un análisis de confrontación normativa, generando la inconvencionalidad un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado⁶⁶.

SAGÜÉS observa la aplicación del control de convencionalidad con especial cautela, lo que lo lleva a aseverar «que no será fácil la aceptación incondicional de esta tesis, por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales»⁶⁷. En tal sentido, piensa que el éxito de la doctrina del control judicial de convencionalidad dependerá de dos factores: por un lado, de la aplicación sensata, prudente y legítima que haga la Corte Interamericana de esta doctrina, y, por otro lado, de la voluntad de cumplimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos⁶⁸.

3.1.2. Avance sin novedad

Otro grupo de autores coincide en que el control judicial de convencionalidad representa un avance significativo para la protección de los derechos y libertades en la región, pero que no constituye, en estricto rigor, una innovación en el sistema interamericano. Es el caso, por ejemplo, de Eduardo FERRER MAC-GREGOR, quien afirma que si se analiza con atención las características del «control difuso de convencionalidad», es posible advertir «que en realidad no es algo nuevo»⁶⁹. Se trata, a su juicio, de «una especie de bloque de constitucionalidad derivado de una constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos», fenómeno que se explicaría por las reformas que las propias constituciones nacionales han venido realizando y por los avances de la jurisprudencia constitucional de los ordenamientos internos que lo han aceptado⁷⁰.

⁶⁶ Cfr. SAGÜÉS, Néstor, «Obligaciones internacionales...», *op. cit.*, p. 127.

⁶⁷ Cfr. *Ídem*, p. 131.

⁶⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 131-132.

⁶⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2011, p. 564.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*. En el mismo sentido, Susana ALBANESE —en una de las primeras obras referidas a este instituto— señala que los ejes por los que circulan los principales trazos del control de convencionalidad son dos, a saber, la internacionalización del Derecho constitucional y la

En esta línea, FERRER MAC-GREGOR recalca que el control de convencionalidad es una práctica que ya venían realizando algunas salas, cortes y tribunales constitucionales en América Latina, incluso con anterioridad al caso *Almonacid Arellano versus Chile*. En su opinión, la novedad radica en que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un «deber» hacia todos los jueces nacionales. Así las cosas, entiende que este imperativo representa, en la práctica, una especie de «bloque de convencionalidad» mínimo para considerar la aplicabilidad del *corpus iuris* interamericano y con ello establecer un estándar o parámetro en la región o, a lo menos, en los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte⁷¹.

El jurista mexicano y actual juez de la Corte IDH, considera, asimismo, que en este contexto ha existido una asimilación de conceptos constitucionales, lo que ha significado una internacionalización del Derecho constitucional. Añade que una de las manifestaciones claras de este proceso es, precisamente, el control de convencionalidad, el cual parte de la arraigada contraposición entre el control difuso de constitucionalidad y el control concentrado que realizan las salas, cortes o tribunales constitucionales de los diversos Estados de la región. En el marco del sistema interamericano, el control concentrado de convencionalidad lo venía realizando la Corte desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad las normas y actos de los Estados partes en un caso particular.

Ahora, el control de convencionalidad se ha extendido a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en sus respectivos ordenamientos, sin perjuicio que la Corte IDH conserva su calidad de intérprete última de la Convención cuando no se logre una eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno⁷². De acuerdo a FERRER MAC-GREGOR, el deber de actuación que exige el control judicial de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano, quien se transforma en un primer y auténtico guardián de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. De esta manera, los jueces nacionales pasan a ser los primeros

constitucionalización del Derecho internacional. Define el control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del Derecho vigente siendo «el lugar donde confluyen ambos controles», esto es, el de la Constitución y el de la Convención Americana. Cfr. ALBANESE, Susana, «La internacionalización del Derecho constitucional y la constitucionalización del Derecho internacional», en ALBANESE S. (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 15-17.

⁷¹ Cfr. *Ídem*, pp. 564-565.

⁷² Cfr. *Ídem*, pp. 568-569.

intérpretes de las normas de protección internacional de los derechos humanos, teniendo en consideración el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los ordenamientos internos de los Estados partes⁷³.

En un planteamiento similar, el constitucionalista chileno Humberto NOGUEIRA afirma que la obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado-Juez ya existía previamente al caso *Almonacid Arellano versus Chile*. En su criterio, lo que hizo la Corte IDH en este caso fue simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales –de hacer cumplir las obligaciones convencionales en el Derecho interno– como «control de convencionalidad», expresión que «no tiene nada original ya que así se llama también este control que se practica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos»⁷⁴.

Agrega que a través del control de convencionalidad, todos y cada uno de los jueces nacionales deben asegurar el objeto y fin de la Convención Americana, así como el respeto y la garantía específica de los derechos asegurados en dicho tratado. Asimismo, entiende que en este velar por el resguardo de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre los principios de progresividad y favor persona que se encuentran en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 literal b) de la CADH⁷⁵.

A juicio de NOGUEIRA, el control de convencionalidad que exige realizar la Corte Interamericana a los tribunales domésticos, constituye un control distinto del control de constitucionalidad ya que los jueces nacionales deben aplicar, como estándar mínimo, los derechos y garantías contenidos en la Convención Americana, además de la jurisprudencia convencional desarrollada por la Corte⁷⁶. Lo anterior representa para el autor un «desafío mayor» que los jueces nacionales deben asumir a fin de contribuir a

⁷³ Cfr. *Ídem*, p. 570.

⁷⁴ Cfr. NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19, Universidad de Granada, 2013, p. 240.

⁷⁵ Cfr. *Ídem*, pp. 241-242. El citado artículo de la CADH establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

⁷⁶ Cfr. *Ídem*, pp. 246-247.

mejorar la calidad de vida de la respectiva comunidad y de propiciar «un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales»⁷⁷.

Bajo un prisma diverso, María LONDOÑO ha sostenido que la noción de control de convencionalidad, *per se*, no es exclusiva del sistema interamericano. Desde una perspectiva genérica, afirma que el control de convencionalidad es «un tipo de control de legalidad que se efectúa en el plano supranacional con el objetivo de valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales a partir de la consonancia entre la conducta del Estado y la prescripción jurídica internacional»⁷⁸. Asimilándolo con el principio de legalidad, LONDOÑO puntualiza que a través del examen de convencionalidad se verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En el caso interamericano, añade, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la Convención y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica a cargo de la Corte regional⁷⁹.

LONDOÑO suscribe los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para justificar la incorporación del control judicial de convencionalidad. De esta forma, concuerda en que este instituto es una consecuencia necesaria de los principios del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos. En concreto, señala que la obligación judicial de controlar la convencionalidad de los distintos actos del Estado es una manifestación del principio consuetudinario que indica que el Derecho interno nunca es excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales y que, por lo tanto, de acuerdo con el principio de buena fe en las relaciones internacionales, es obligación del Estado parte en un tratado internacional –como es la Convención Americana– ajustar su ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las obligaciones adquiridas en aquel escenario. En este sentido, agrega, la función del poder judicial consiste en proteger el principio del efecto útil de los tratados internacionales de conformidad con el artículo 2 de la CADH⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. *Ídem*, p. 270.

⁷⁸ Cfr. LONDOÑO, María, «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, UNAM, México, 2010, p. 797.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁰ Cfr. *Ídem*, pp. 805-806.

Sin perjuicio de compartir los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte, LONDOÑO advierte que uno de los peligros que trae consigo la fórmula genérica del «control de convencionalidad» –en manos de los jueces nacionales– es el problema de «la fragmentación jurisprudencial», a partir de un ejercicio abusivo de este control «por quienes se crean competentes [para] interpretar la Convención»⁸¹.

En su opinión, para preservar los principios de unidad y seguridad jurídica, es necesario que el control judicial de convencionalidad esté sujeto, al menos, a las siguientes condiciones: a) debe ser ejercido por los jueces nacionales con el fin de inaplicar una norma interna manifiestamente contraria a la Convención; b) para ello, es preciso que la Corte previamente haya reconocido un estándar internacional obligatorio y con efectos generales; y c) la función judicial en sí misma debe observar las formas y competencias prescritas en el orden nacional, respetando las garantías del debido proceso legal y de un recurso judicial efectivo⁸².

3.2. Posturas críticas del control judicial de convencionalidad

Por contrapartida, se han presentado algunas posturas críticas del control judicial de convencionalidad en ciertos sectores de la doctrina del Derecho internacional, donde se ha cuestionado, principalmente, una falta de prolijidad conceptual de la Corte Interamericana en la elaboración de este instituto y la ausencia de una justificación normativa expresa, además del déficit democrático que adolecería su implementación.

3.2.1. Desprolijidad conceptual

El internacionalista Karlos CASTILLA ha señalado de forma rotunda que la utilización del término «control de convencionalidad» es errónea, ya que, según su criterio, lo que ha sido difundido «por repetición, sin reflexión», por la Corte IDH y un importante número de juristas es tan sólo una mera aplicación de la Convención Americana, en la que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe

⁸¹ Cfr. *Ídem*, p. 810.

⁸² Cfr. *Ídem*, p. 811.

cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas⁸³. Por esta razón, el autor mexicano prefiere hablar de un «falso control de convencionalidad»⁸⁴.

Estima que esta institución no representa ninguna novedad de fondo, siendo simplemente «una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana, principalmente por los jueces nacionales». Agrega, sin recaudos ni vacilaciones, que por el «erróneo y desaseado uso del término “control convencionalidad” ha generado problemas donde no los había»⁸⁵.

A diferencia de lo planteado por autores que respaldan la incorporación del control judicial de convencionalidad, CASTILLA señala que el juez nacional no puede ser visto como un juez interamericano, ya que cada uno de éstos cumple funciones específicas, sustantivamente distintas respecto a la Convención Americana, recalando, a su vez, que el juez interamericano es subsidiario del nacional, con todo lo que ello significa⁸⁶.

A juicio de CASTILLA, los únicos tribunales competentes para efectuar un control de convencionalidad o control de tratados son los tribunales internacionales. Conforme a este razonamiento, sugiere que lo aconsejable sería que «ese falso control de convencionalidad fuera denominado de cualquier otra forma, pero no bajo ese término», ya que el control de convencionalidad debe significar algo preciso y de gran relevancia. En su concepto, este control «debe reservarse a esa importante y compleja función que cumplen los órganos y tribunales internacionales», y no ser utilizado «para referirse a cualquier mera aplicación y cumplimiento de la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos»⁸⁷.

Así las cosas, la principal preocupación de CASTILLA, en su calidad de internacionalista *ortodoxo*, es que «el tradicional “control y vigilancia de tratados” ha sido desnaturalizado, vulgarizado, manoseado y usado erróneamente para explicar algo

⁸³ Cfr. CASTILLA, Karlos, «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 33, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 161.

⁸⁴ CASTILLA no oculta su desasosiego por el tratamiento que, a su juicio, ha tenido esta materia. Por ejemplo, señala que «[t]an poco se ha reflexionado a fondo sobre [el control de convencionalidad], que nos han hecho creer que la historia jurisprudencial de dicha figura jurídica es constante y estable. Sin embargo, todo ello es falso. Destacados profesores y algunos de sus seguidores nos han mentido, o al menos, nos han mostrado de manera simple y parcial algo que bien ameritaba un estudio profundo y detallado para poder llegar a conclusiones bien sustentadas». Cfr. *Ídem*, p. 152.

⁸⁵ Cfr. *Ídem*, p. 162.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. *Ídem*, p. 169.

más simple y previo: el cumplimiento de las obligaciones internacionales primarias derivadas de ser parte en un tratado»⁸⁸. De esta manera, su crítica de fondo recae sobre un problema semántico, mas no sobre la práctica que el control judicial de convencionalidad representa o podría representar en la región.

3.2.2. Ausencia de una justificación normativa expresa y la objeción del déficit democrático

Un cuestionamiento distinto hacia la doctrina del control judicial de convencionalidad, es el que formula la académica chilena Ximena FUENTES. Como premisa básica de su postura, expresa que la aplicación del Derecho internacional por los tribunales internos depende de lo que decidan los respectivos sistemas jurídicos nacionales. Destaca que no existe ninguna norma internacional general que disponga cómo los Estados deben incorporar el Derecho internacional en sus respectivos sistemas jurídicos, agregando que, de hecho, ni siquiera existe la obligación general de hacer que el Derecho internacional ingrese al Derecho interno⁸⁹.

En este contexto, en que el carácter autoejecutable de los tratados internacionales queda entregado a lo que resuelvan los respectivos Estados partes, FUENTES se muestra asombrada con lo dispuesto por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano versus Chile*, pronunciamiento en el que, según sus palabras, «casi llega a declarar, si no lo hace realmente, que existe una obligación para las partes de otorgar efecto directo a la Convención Americana»⁹⁰. Para ilustrar su aseveración, cita el párrafo 124 de la sentencia en el que la Corte introduce la noción de control de convencionalidad en sede nacional⁹¹, espetando seguidamente que «es imposible no abrir los ojos con sorpresa al leer esta disposición». A juicio de FUENTES, una cosa es que el Estado pueda incurrir en

⁸⁸ Cfr. *Ídem*, p. 166.

⁸⁹ Cfr. FUENTES, Ximena, *El Derecho internacional y el Derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2008, p. 3. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf.

⁹⁰ Cfr. *Ídem*, p. 7.

⁹¹ El texto completo del párrafo 124 señala: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control convencionalidad” entre las normas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana». Véase *supra*, Cap. I, § 2.2.1.2, pp. 15-16.

responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del Derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por el respectivo Estado⁹².

En opinión de FUENTES, no existe ninguna disposición de la Convención Americana, ni del Derecho internacional general, que establezca una obligación para que los Estados partes hagan autoejecutables sus cláusulas o que confiera poder a los jueces internos para que declaren sin efectos jurídicos las leyes contrarias a un tratado, incluso de oficio. No obstante ello, señala, «la Corte parece convencida de que existe una norma del Derecho internacional que obliga a los tribunales internos a dejar de aplicar el Derecho interno y preferir el Derecho internacional, cumpliendo así con su deber de ejercer un “control convencionalidad”»⁹³. En este escenario, FUENTES piensa que al no haber podido citar ningún artículo de la propia Convención en que los Estados se hayan obligado a otorgar autoejecutabilidad al Pacto, la Corte se amparó en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹⁴.

La jurista califica a esta norma como una regla obvia de Derecho internacional, pero que, sin embargo, nada dice acerca de qué manera cada sistema jurídico debe definir la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno ni la forma de operación del Derecho internacional en el Derecho interno. En este sentido, considera «inaudito» leer el citado artículo 27 como si estableciera una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el Derecho interno o como si estableciera una obligación de situar a los tratados sobre la ley en el Derecho nacional de cada país⁹⁵.

Junto a lo anterior, y sin perjuicio de ser internacionalista, FUENTES se manifiesta particularmente crítica de la labor del Derecho internacional de los derechos humanos, señalando que esta disciplina es susceptible de ser cuestionada «por su afán de imponer derechos universales al margen de las realidades políticas internas» y porque pretende, parafraseando a KOSKENNIEMI, «colonizar la cultura política con un lenguaje tecnocrático que deja poco espacio para la articulación de las diversas concepciones del

⁹² Cfr. FUENTES, Ximena, *El Derecho internacional...*, op. cit., p. 7.

⁹³ Cfr. *Ídem*, p. 8.

⁹⁴ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Véase *supra*, Cap. I, § 2.2.2, p. 16.

⁹⁵ Cfr. FUENTES, Ximena, *El Derecho internacional...*, op. cit., pp. 8-9.

bien que existe en cada sociedad»⁹⁶. Respalda sus dichos señalando que, incluso en Europa, «se alzan voces críticas respecto de la colonización de la política interna por el Derecho internacional de los derechos humanos», agregando que, respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «algunos se preguntan por qué la decisión sobre los derechos de las personas debe estar entregada a órganos que se encuentran fuera de la *polis*». Y, particularmente, en este esquema institucional de posguerra le inquieta sobremanera el «enorme poder» que se entrega a los jueces al transformarse los tratados internacionales sobre derechos humanos en Derecho interno⁹⁷.

Su planteamiento de fondo –que enuncia pero no profundiza– es la conocida objeción del déficit democrático de la labor de los jueces en la tutela de derechos fundamentales⁹⁸, déficit que aumentaría si los mecanismos de tutela provienen de elaboraciones jurisprudenciales de organismos foráneos y ajenos a la política interna de los Estados. En palabras de FUENTES, «[I]o que se arriesga al permitir la influencia del Derecho internacional sobre la política nacional, es en definitiva la democracia al interior de los Estados»⁹⁹.

En consecuencia, según la visión de esta autora, el control judicial de convencionalidad propuesto por la Corte Interamericana no sólo carecería de una justificación normativa explícita y directa, sino que, además, su incorporación mermaría la capacidad democrática y de disenso de los respectivos Estados soberanos.

⁹⁶ Cfr. *Ídem*, p. 26. Cita el texto de KOSKENNIEMI, Martti, «The effects of rights on political culture», publicado en ALSTON, P., *The UE and Human Rights*, Oxford University Press, London, 1999, p. 99.

⁹⁷ Cfr. *Ídem*, p. 27.

⁹⁸ Esta discusión surge en Estados Unidos a propósito de las críticas sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad o *judicial review*. El eje central del debate norteamericano ha girado en torno a la «dificultad contramayoritaria» planteada por Alexander BICKEL en 1962 y que en los últimos quince años ha tenido a Jeremy WALDRON como uno de sus principales exponentes. Al respecto, véase BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986, p. 16; y WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* [1999], trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, estudio preliminar de R. Gargarella y J. L. Martí, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 341-345.

⁹⁹ Cfr. FUENTES, Ximena, *El Derecho internacional...*, op. cit., p. 34.

CAPÍTULO II

UN PUENTE CONCEPTUAL HACIA LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD: DEL DIÁLOGO JUDICIAL A LA DIALÉCTICA JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANA

1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Frente al cuadro dogmático diverso y no exento de críticas que hemos descrito en el capítulo precedente, un sector de la doctrina ha intentado reforzar los fundamentos jurídicos del control judicial de convencional, o subsanar la inconsistencia de éstos, según el prisma de análisis, señalando que este mecanismo puede constituir una clara manifestación de un «diálogo jurisprudencial o interjurisdiccional» entre la Corte IDH y los jueces nacionales. Asimismo, la propia Corte Interamericana ha acuñado este concepto pero con un contenido y alcance no estrictamente concordante al sostenido por la doctrina que, de paso, tampoco se muestra uniforme.

El «diálogo judicial o jurisprudencial» corresponde a una noción que se ha incorporado hace un poco más de un lustro en el debate regional interamericano. Su creciente importancia en los últimos años, ha venido aparejada de los esfuerzos de la doctrina para explicar los vínculos jurisprudenciales entre los jueces nacionales y la Corte IDH, en particular de aquellos que debiesen llevar a cabo el examen de convencionalidad.

El presente capítulo tiene por finalidad abordar el concepto de «diálogo judicial» con el objetivo de determinar su pertinencia y plausibilidad para la construcción de una fundamentación teórica del control de convencionalidad. Con este propósito, en primer lugar, presentaremos los principales argumentos que se han esgrimido por parte de la doctrina y la Corte IDH en torno a este concepto y su relación con el citado control. En segundo lugar, contrastaremos estos planteamientos con los desarrollos teóricos de la doctrina comparada respecto de sus antecedentes, características y taxonomía. En tercer y último lugar, a la luz de los rasgos constitutivos del diálogo judicial, analizaremos si representa la categoría conceptual adecuada para cimentar nuestros propósitos teóricos de justificación del control judicial de convencionalidad en la región.

2. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL COMO RESPUESTA DEL PROBLEMA DE FUNDAMENTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. El diálogo jurisprudencial o interjurisdiccional fomentado por la doctrina

Uno de los autores que más ha abogado por la tesis del diálogo jurisprudencial para respaldar la incorporación del control de convencionalidad en sede nacional es Víctor BAZÁN. En su criterio, resulta importante establecer una línea de cooperación entre los tribunales internos y la Corte Interamericana, e «intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la Convención Americana y a los pronunciamientos de la Corte IDH», pero que, correlativamente, «ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales se formulen a los criterios del [T]ribunal interamericano»¹⁰⁰.

BAZÁN parte de la premisa que el aludido diálogo ya se habría instaurado entre la Corte y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano¹⁰¹. Por ello, considera que es necesario intensificarlo o profundizarlo, a fin de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen y, de esta forma, hacer más efectiva y eficiente la protección de aquéllos en el ámbito regional interamericano¹⁰².

El diálogo fomentado por BAZÁN representa una vía para el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados partes de la Convención Americana, pero que, sin embargo, no debería conducir a una aplicación ciega de la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁰³. En tal sentido, entiende que la cooperación entre los tribunales internos y el Tribunal regional no debe propender a una jerarquización

¹⁰⁰ Cfr. BAZÁN, Víctor, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 2. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/215.pdf>.

¹⁰¹ Cfr. BAZÁN, Víctor, «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», en BAZÁN, V. y NASH, C. (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, 2012, pp. 43-47.

¹⁰² Cfr. *Ídem*, p. 47.

¹⁰³ Cfr. *Ibidem*.

formalizada entre ambas jurisdicciones, sino a trazar una vinculación de cooperación en la interpretación *pro persona* de los derechos humanos¹⁰⁴.

Añade que el control de compatibilidad convencional no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte Interamericana hacia las jurisdicciones domésticas, sino que «es preciso generar las condiciones para profundizar un “diálogo jurisprudencial” entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos»¹⁰⁵. De esta manera, BAZÁN piensa que debe propiciarse una suerte de «fertilización cruzada» de ambas instancias en un plano de retroalimentación y reciprocidad de influjos, con el fin de «enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos»¹⁰⁶.

Por su parte, Miguel CARBONELL, junto con valorar la incorporación del control judicial de convencionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano¹⁰⁷, sostiene que este control convoca a que sean implementados los denominados «diálogos jurisprudenciales», en los que, en su concepto, «los jueces van dando pasos desde sus distintas jurisdicciones para lograr avances en la protección de derechos»¹⁰⁸. Estos diálogos, explica, se dan en el marco de procesos de «migración jurisprudencial» caracterizados por la circulación de las ideas sobre la protección de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución. A juicio de CARBONELL, se trata de un fenómeno reciente, potenciado en los últimos años por el acceso masivo a internet y por el desarrollo de importantes bases de datos que permiten disponer de las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales de diversos países¹⁰⁹.

Desde un enfoque constitucionalista, CARBONELL señala que los problemas de fondo a los que se enfrentan las distintas jurisdicciones nacionales son en alguna medida parecidos. La mayoría vinculados a la afectación o vulneración de derechos

¹⁰⁴ Cfr. *Ídem*, p. 48.

¹⁰⁵ Cfr. *Ídem*, p. 54.

¹⁰⁶ Cfr. *Ídem*, p. 50. Asimismo, véase BAZÁN, Víctor, «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, Fundación Profesor Manuel Broseta, Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, p. 95.

¹⁰⁷ Véase *supra*, Cap. I, § 3.1.1, pp. 20-21.

¹⁰⁸ Cfr. CARBONELL, Miguel, «La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial», en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 609.

¹⁰⁹ Cfr. *Ibidem*.

fundamentales. De esta forma, agrega, se evidencia una «circulación mundial» de problemas constitucionales y una circulación igualmente global de las respectivas soluciones. Prueba de lo anterior sería, por ejemplo, la «propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional»¹¹⁰. CARBONELL considera que esta propensión estaría estrechamente vinculada a la existencia de una comunidad de jueces constitucionales que con frecuencia celebran reuniones, seminarios y congresos en los que dialogan e intercambian experiencias, creando así «una suerte de “sociedad abierta de la justicia constitucional”, la que puede ampliarse para hablar incluso de una sociedad abierta de la justicia convencional»¹¹¹.

En este contexto, el autor mexicano estima que es absolutamente posible que las cortes constitucionales puedan citar los criterios de otras jurisdicciones nacionales, mencionado al efecto el caso de la Constitución de Sudáfrica de 1996, la que en su artículo 39 permite a los tribunales «tomar en consideración el Derecho extranjero»¹¹². Así las cosas, CARBONELL cree que «no resulta útil ni racional cerrarse ante las modernas corrientes de la jurisprudencia constitucional comparada»¹¹³. Plantea que es necesario que las jurisdicciones nacionales asuman «una actitud humilde, receptiva y atenta a los caminos, buenos o malos, que se han abierto en otras latitudes»¹¹⁴. Acudiendo nuevamente a las palabras del expresidente del Tribunal Constitucional italiano, CARBONELL destaca la importancia de la jurisprudencia comparada –en cuanto manifestación de un diálogo–, ya que ésta «es como recurrir, para resolver un problema difícil, a “un amigo con gran experiencia”, que nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados»¹¹⁵.

Por otro lado, centrado en la relación de las judicaturas internas con la Corte IDH a propósito del control de convencionalidad, Humberto NOGUEIRA afirma que en virtud del *corpus iuris* interamericano y de los métodos de interpretación de los derechos humanos, se pueden establecer las bases de un diálogo ascendente de los tribunales nacionales con el Tribunal regional. En su criterio, los jueces internos –a través de sus

¹¹⁰ Cfr. *Ibidem*. La cita la extrae de ZAGREBELSKY, Gustavo, «Jueces constitucionales», publicado en CARBONELL, M. (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 92.

¹¹¹ Cfr. *Ídem*, pp. 609-610.

¹¹² Cfr. *Ídem*, p. 610.

¹¹³ Cfr. *Ídem*, p. 612.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*. La cita es de ZAGREBELSKY, Gustavo, «Jueces constitucionales», *op. cit.*, p. 95.

sentencias– tienen diversas opciones para elegir a fin de concretar este «diálogo interjurisdiccional» con la Corte. Específicamente, los jueces nacionales pueden desarrollar diversas hipótesis interpretativas, entre las cuales menciona: la interpretación extensiva; la interpretación innovadora; la interpretación correctiva; la interpretación receptiva; la interpretación neutralizadora; y la interpretación discordante¹¹⁶.

De acuerdo a la «interpretación extensiva», los jueces nacionales pueden elaborar una interpretación que amplíe los alcances de los criterios interpretativos establecidos por la Corte¹¹⁷. Mediante la «interpretación innovadora», a su vez, pueden abordar algunos derechos contenidos en la Convención Americana respecto de los cuales no haya habido un pronunciamiento contencioso de la Corte¹¹⁸. A través de la «interpretación correctiva», la judicatura interna debe aplicar los criterios jurisprudenciales de la Corte, enmendando o modificando su jurisprudencia para realizar una interpretación conforme al Derecho convencional, cuando ha habido una condena en contra del respectivo Estado¹¹⁹. En la «interpretación receptiva», en tanto, se presenta una situación similar con la diferencia que los criterios acogidos por los jueces nacionales –que involucren un cambio de la jurisprudencia interna–, se verifican sin esperar que el Estado parte sea condenado¹²⁰. Por contrapartida, acudiendo a una «interpretación neutralizadora», los jueces nacionales buscan evitar la incorporación material de la jurisprudencia de la Corte, desarrollando estrategias que signifiquen una aplicación puramente formal de la Convención Americana¹²¹. Por último, la «interpretación discordante» es aquella en que la judicatura interna difiere abiertamente de la interpretación desarrollada por la Corte, por lo que manifiesta su desacuerdo con la respectiva sentencia del Tribunal regional¹²².

Además de indicar los mecanismos por medio de los cuales los jueces internos podrían establecer un diálogo ascendente con la Corte Interamericana, NOGUEIRA señala tres formas de finalización de este diálogo. La primera, se concretaría a través del pronunciamiento de una sentencia de la Corte que resuelva el desacuerdo de interpretación de la norma convencional, con carácter vinculante e inapelable. La

¹¹⁶ Cfr. NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad...», *op. cit.*, p. 248.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. *Ídem*, p. 249.

¹¹⁹ Cfr. *Ídem*, p. 250.

¹²⁰ Cfr. *Ídem*, p. 253.

¹²¹ Cfr. *Ídem*, p. 255.

¹²² Cfr. *Ídem*, p. 258.

segunda, con la modificación del Derecho interno considerado inconvencional por la Corte, mediante reformas constitucionales o legislativas. Y, por último, la tercera hipótesis de conclusión del diálogo se presentaría cuando el órgano jurisdiccional supremo de un Estado parte, modifica sus decisiones precedentes para cumplir con la sentencia pronunciada por la Corte IDH en contra de ese Estado¹²³.

Desde otro enfoque, Jorge CONTESSE se muestra crítico de la labor desplegada por la dogmática y la Corte Interamericana para justificar la doctrina del control judicial de convencionalidad. En su criterio, los diversos intentos de los autores por dar sentido a esta doctrina «asoman como como insuficientes, lo que lleva a pensar en la dificultad que ésta tiene para ser sostenida técnicamente»¹²⁴. Asimismo, considera que la Corte ha exigido demasiado al solicitar que los jueces nacionales contrasten las normas internas con las disposiciones de la Convención Americana, sin haberse ocupado, por ejemplo, de las distinciones entre sistemas concentrados y difusos de control de constitucionalidad entre los diversos países de la región, lo que implicaría «grados de intervención en la forma como los Estados organizan la competencia de sus órganos»¹²⁵.

Estima que la Corte Interamericana y parte de la doctrina, conscientes de las críticas que se han planteado respecto de la justificación del control de convencionalidad, han respondido afirmando que lo que existe entre los tribunales locales y la Corte IDH es una especie de «diálogo interjurisdiccional»¹²⁶. En esta línea, CONTESSE critica nuevamente la postura de la Corte –representada por los razonamientos de su expresidente Diego GARCÍA-SAYÁN¹²⁷–, señalando que lo que el Tribunal regional sugiere no es tanto «una idea de diálogo de dos (o más) vías, sino una suerte de monólogo unidimensional, desde la Corte hacia los tribunales domésticos». En este esquema, la opinión de la Corte presenta mayor peso relativo, operando siempre como

¹²³ Cfr. *Ídem*, p. 259.

¹²⁴ Cabe puntualizar que para hacer esta afirmación cita previamente a LONDOÑO, SAGÜES y CASTILLA, quien, como sabemos, no comparte la doctrina del control judicial de convencionalidad. Véase *supra*, Cap. I, § 3.2.1, pp. 27-29. Cfr. CONTESSE, Jorge, *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2013, pp. 9-12. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf.

¹²⁵ Cfr. *Ídem*, p. 12.

¹²⁶ Cfr. *Ídem*, p. 14.

¹²⁷ Véase *infra*, Cap. II, § 2.2, pp. 38-39.

la última palabra frente a las jurisdicciones domésticas, las que, a su vez, se limitarían a recibir e internalizar los estándares convencionales¹²⁸.

CONTESSE piensa que, en lugar de llegar a este extremo, la Corte podría adoptar una genuina actitud de «conversación transnacional»¹²⁹. Esta forma de «diálogo transnacional» entre la Corte IDH y los jueces internos, a diferencia de la noción de diálogo que defiende la Corte, «supone una verdadera conversación entre (al menos) dos partes». En ella, agrega CONTESSE, la Corte Interamericana no sólo debe direccionar a los Estados partes en la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales, sino que, al mismo tiempo, debe seguir los lineamientos que los tribunales internos de esos u otros Estados han articulado respecto de las materias que son sometidas al conocimiento de los órganos regionales¹³⁰.

2.2. El diálogo jurisprudencial observado por la Corte Interamericana

A su turno, lo que la Corte IDH ha manifestado sobre el diálogo jurisprudencial lo conocemos tangencialmente a través de votos particulares de algunos de sus jueces y de uno de sus informes anuales de labores, pero no de pronunciamientos del pleno en asuntos consultivos o contenciosos.

En cuanto a los razonamientos particulares cabe destacar, en primer lugar, lo expresado por el juez Diego GARCÍA-SAYÁN en su voto concurrente de la sentencia del caso *Cepeda Vargas versus Colombia* de 2010. Refiriéndose a la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales, el entonces presidente del órgano jurisdiccional interamericano señaló que los jueces domésticos «están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos»¹³¹. En tal sentido, agregó, los jueces nacionales no sólo deben garantizar los derechos reconocidos en la Convención, sino que, además, «deben poner en práctica las

¹²⁸ Cfr. *Ídem*, p. 15.

¹²⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹³⁰ Cfr. *Ídem*, p. 30.

¹³¹ Cfr. GARCÍA-SAYÁN, Diego, voto concurrente en el pronunciamiento de la Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas versus Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213, párr. 30.

decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos»¹³².

Conforme a este criterio de verticalidad, el juez GARCÍA-SAYÁN sostuvo, asimismo, que los altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que denominó como una «nacionalización» del Derecho internacional de los derechos humanos. Y, en su opinión, para que se verifique este importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región –en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho internacional de los derechos humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana–, «es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita»¹³³.

Por su parte, el juez *ad hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado de la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México* del mismo año, advirtió que varias de las altas jurisdicciones nacionales han incorporado los parámetros del control difuso de convencionalidad, debido al reconocimiento que han hecho de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se instauró a partir del caso *Almonacid Arellano* con la creación de dicha doctrina¹³⁴. A partir de esta observación, el referido juez manifestó que se ha producido un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que ha propiciado un «diálogo jurisprudencial». Este diálogo, en su criterio, tiene incidencia en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en la región¹³⁵.

En este contexto, el juez FERRER MAC-GREGOR afirmó que la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional «resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan»¹³⁶. Esta interacción se presentaría en dos direcciones: por una parte, la doctrina del control difuso de convencionalidad habría sido adoptada en un proceso de «internacionalización» de las categorías internas de los Estados

¹³² Cfr. *Ibidem*.

¹³³ Cfr. *Ídem*, párr. 33.

¹³⁴ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, voto razonado en la sentencia de la Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, cit., párr. 30. Llama la atención que en su labor de juez *ad hoc*, FERRER MAC-GREGOR señale que la doctrina del control de convencionalidad es una creación jurisprudencial de la Corte Interamericana y que, posteriormente, en sus escritos como jurista manifieste que «en realidad no es algo nuevo». Al respecto, véase *supra*, Cap. I, § 3.1.2, pp. 23-24.

¹³⁵ Cfr. *Ídem*, párr. 31.

¹³⁶ Cfr. *Ídem*, párr. 85.

constitucionales. Y, por otra parte, el influjo que ha generado la jurisprudencia de la Corte regional en los ordenamientos internos a partir de 2006, habría profundizado una «nacionalización» o «constitucionalización» del Derecho internacional de los derechos humanos, como lo demostraría la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales¹³⁷.

Concluyó su voto razonado expresando que «[l]a construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI». A reglón seguido, el juez FERRER MAC-GREGOR sentenció que en este novel escenario «descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas»¹³⁸.

Por último, podemos citar lo expresado por la Corte IDH en su informe final de labores del año 2010. En el apartado relativo a los avances jurisprudenciales desarrollados durante este periodo, la Corte destacó, en primer lugar, que dichos avances han establecido y reafirmado «estándares interamericanos que son obligatorios no sólo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados [partes] de la Convención Americana», ya que este Tribunal regional «al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de intérprete final»¹³⁹. Sobre esta base, la Corte agregó que su jurisprudencia ha venido siendo aplicada efectivamente por tribunales nacionales en diferentes casos, lo cual ha generado la existencia de un «diálogo jurisprudencial» en el que los órganos del sistema interactúan con «organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles, con organismos internacionales y, fundamentalmente, con otros tribunales que a nivel nacional incorporan los estándares interamericanos al Derecho interno de sus respectivos países»¹⁴⁰.

Para respaldar esta aseveración, la Corte esgrimió que «los más altos tribunales de países como Argentina, El Salvador, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y República Dominicana, entre otros, han señalado expresamente la obligatoriedad de la Convención

¹³⁷ Cfr. *Ídem*, párr. 86.

¹³⁸ Cfr. *Ídem*, párr. 88.

¹³⁹ Cfr. Corte IDH, *Informe Anual de Labores*, 2010, p. 55. Disponible en sitio web de la Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2010.pdf.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

Americana y de la interpretación que de la misma lleva a cabo la Corte»¹⁴¹. De acuerdo con la Corte Interamericana, esta situación ha generado una dinámica que enriquece su jurisprudencia y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Convención Americana en todos los Estados de la región, ya que «la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia»¹⁴².

Al finalizar el referido acápite del informe, la Corte indicó que el «diálogo jurisprudencial» citado guarda directa relación con «la obligación que pesa sobre los jueces internos» de verificar la compatibilidad de las normas y actos de sus ordenamientos jurídicos con las disposiciones de la Convención Americana y la interpretación que de ésta hace el propio órgano regional. En otras palabras, según la Corte IDH, el diálogo jurisprudencial se explicaría por la aplicación por parte de los jueces nacionales del control de convencionalidad, obligación que «ha sido señalada por [esta Corte] en numerosas oportunidades»¹⁴³.

3. PERO, ¿EN QUÉ CONSISTE EL DIÁLOGO JUDICIAL O JURISPRUDENCIAL?

En virtud de lo expuesto en la sección precedente, es posible advertir que tanto la Corte Interamericana como los autores citados, dan por sentado la existencia de un diálogo judicial o jurisprudencial en el ámbito regional, sin reparar en los fundamentos y rasgos de la noción utilizada, ni menos explicar por qué sería una categoría conceptual adecuada para justificar la presencia del control judicial de convencionalidad en los ordenamientos de los Estados que integran el sistema interamericano.

A su vez, resulta evidente que la noción de «diálogo jurisprudencial» que se postula desde la doctrina y jurisprudencia interamericana está lejos de ser una categoría con contornos claros y definidos. En este sentido, bien cabe preguntarse de qué manera o

¹⁴¹ Cfr. *Ídem*, p. 56. Cabe precisar que este argumento fue señalado por la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores versus México*, donde manifestó que «tribunales de la más alta jerarquía en la región se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por [esta Corte]». A modo ilustrativo, la Corte Interamericana citó sentencias de las respectivas Salas, Cortes y Tribunales Constitucionales de los países mencionados en el informe. Lo curioso es que la mayoría de las sentencias citadas por la Corte IDH son anteriores al caso *Almonacid Arellano* (2006), pronunciamiento en el que por primera vez se refirió al control judicial de convencionalidad. Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores...*, cit., párrs. 226-232.

¹⁴² Cfr. *Ibidem*.

¹⁴³ Cfr. *Ibidem*.

bajo qué lógica debería verificarse el referido diálogo en la región: ¿en un plano de «intercambio» y «aprendizaje mutuo» entre las instancias internas e interamericana según lo indicado por BAZÁN?, ¿acudiendo al «Derecho extranjero» o a «un amigo de gran experiencia» como postula CARBONELL?, ¿a través de un «diálogo ascendente» materializado exclusivamente en interpretaciones de los jueces internos siguiendo a NOGUEIRA?, ¿articulando una «verdadera conversación» entre la Corte y los jueces internos de acuerdo a CONTESSE? o ¿mediante la incorporación unilateral de las decisiones vinculantes de la Corte IDH en las judicaturas nacionales como lo ha señalado el propio Tribunal regional?

Para responder a esta interrogante es indispensable abordar con mayor profundidad las bases dogmáticas del diálogo judicial, respuesta que, al mismo tiempo, nos permitirá determinar la pertinencia y plausibilidad de esta noción para la elaboración de una justificación teórica del control judicial de convencionalidad. Con este norte, en la presente sección analizaremos, en primer lugar, el contexto y los antecedentes del diálogo judicial; en segundo lugar, sus premisas y características distintivas; para finalizar con una clasificación de este concepto.

3.1. Contexto y antecedentes del diálogo judicial

3.1.1. *El pluralismo constitucional y la protección multinivel de los derechos*

En una primera aproximación, Giuseppe DE VERGOTTINI nos indica que el concepto «diálogo judicial» ha sido presentado por la doctrina como un fenómeno que tiene lugar cada vez que, en un pronunciamiento jurisdiccional, «se encuentran referencias a disposiciones normativas o a sentencias provenientes de un ordenamiento distinto de aquel en que actúa un determinado juez y, por tanto, externas, respecto al ordenamiento en el que el pronunciamiento debe desplegar su eficacia»¹⁴⁴. De tal constatación, agrega DE VERGOTTINI, se ha extraído la conclusión de que el juez en cuestión está «en diálogo» con los jueces de los que provienen originariamente tales elementos o razonamientos «importados»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* [2010], 1ª ed., trad. de P. Tenorio, prólogo de J. García Roca, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 33.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*.

Los antecedentes doctrinales de esta práctica jurisprudencial se remontan a una publicación de Anne-Marie SLAUGHTER de 1994, en la que por vez primera se utilizó la noción «comunicación transjudicial» (*transjudicial communication*). Con este término la jurista norteamericana pretendía describir el mecanismo, cada vez más habitual de los tribunales nacionales, de acudir a la jurisprudencia de otros países o de jurisdicciones supranacionales con el fin de encontrar nuevos argumentos, no desarrollados en el ámbito nacional, o para respaldar los razonamientos de sus propias decisiones¹⁴⁶. Resulta relevante destacar que SLAUGHTER propone explicar y clasificar una práctica que surge principalmente de elaboraciones jurisprudenciales y no de imposiciones normativas o construcciones teóricas. Si bien la comunicación ha sido más intensa cuando se ha enmarcado en procesos de integración política o económica, o en procesos de organización supraestatal en el ámbito de los derechos humanos, lo concreto es que este tipo de vínculo entre tribunales presenta un «origen exclusivamente pretoriano»¹⁴⁷.

El proceso expansivo de la comunicación transjudicial ha ido generando, paulatinamente, una «fertilización mutua» (*cross-fertilization*) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre distintos ordenamientos jurídicos¹⁴⁸. De esta forma, se considera que la circulación de las sentencias judiciales ha propiciado una auténtica interacción entre tribunales¹⁴⁹. Ahora bien, para entender las referidas interacciones y fertilizaciones cruzadas entre diversos ordenamientos —vía razonamientos de sus judicaturas—, es necesario reparar en el marco jurídico, político y cultural que ha servido de contexto. Este marco o contexto general está representado por el «pluralismo constitucional» y la «protección multinivel de los derechos fundamentales». El factor común de estas categorías conceptuales radica en que la idea de Constitución y la tutela de los derechos y libertades se amplían más allá de los contornos tradicionales del Estado-nación. Del mismo modo, tanto el pluralismo constitucional como la protección multinivel constituyen categorías interdependientes que apuntan hacia la convergencia entre distintos ordenamientos jurídicos y sus respectivas aplicaciones jurisprudenciales, con la finalidad principal de ofrecer una protección más robusta y eficaz en materia de derechos fundamentales.

¹⁴⁶ Cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie, «A Typology of Transjudicial Communication», en *University of Richmond Law Review*, n. 29, 1994, pp. 112 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. BUSTOS, Rafael, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, p. 15.

¹⁴⁸ Cfr. *Ídem*, p. 18.

¹⁴⁹ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales...*, *op. cit.*, p. 62.

Una de las primeras formulaciones de la idea de pluralismo constitucional corresponde a Neil MACCORMICK, quien lo caracterizó como un conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su propia constitución, pero sin que se establezca entre éstos una relación de jerarquía o que reconozcan en otra constitución su fuente de validez¹⁵⁰. Por su parte, la protección multinivel dice relación con la superposición de normativas o regulaciones sobre derechos fundamentales –internas e internacionales–, así como de sus mecanismos de garantía, lo que conduce a la «multidimensionalidad de su tutela». De esta manera, un mismo sujeto puede gozar de diversos ámbitos de protección normativa traducibles en diferentes niveles de tutela de sus derechos y libertades¹⁵¹.

En este escenario reciente, la línea divisoria entre lo nacional y lo internacional se torna cada vez más difusa¹⁵², situación que se ha acentuado con la adopción progresiva de tratados universales y regionales sobre derechos fundamentales. En tal sentido, cabe advertir que sin perjuicio que el discurso basado en la supremacía, ya sea nacional o internacional, sigue presente en la cultura jurídica –fundamentalmente de la tradición continental–, se ha ido asentando cada vez más la idea que un modelo jerárquico no responde a la realidad del Derecho contemporáneo.

A este respecto, por ejemplo, Aída TORRES señala que el esquema jerárquico no brinda el marco adecuado para estructurar las relaciones entre lo nacional y lo supranacional en el ámbito europeo. A su juicio, el modelo pluralista ofrece una explicación más acorde a la realidad y, además, puede contribuir a la legitimidad de la

¹⁵⁰ Cfr. MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, London, 1999, p. 104. En el marco del pluralismo constitucional, también merecen ser destacados los trabajos de PERNICE y MAYER, quienes plantean la noción de un constitucionalismo en múltiples niveles (*multilevel constitutionalism*) caracterizado por la existencia de una constitución europea compuesta por dos elementos constitucionales: el nacional y el europeo. Ambos elementos están directamente relacionados de manera que no pueden ser comprendidos aisladamente. Además, ambos forman parte de un sistema unitario en términos de sustancia, función e instituciones. Véase PERNICE, Ingolf, «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, vol. 27, 5, 2002, pp. 512-515; y MAYER, Franz, «The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System», en A. VON BOGDANDY (ed.), *European Integration: the New German Scholarship*, Jean Monet Working Paper, 9, 2003, pp. 31-32.

¹⁵¹ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, «El diálogo entre tribunales», trad. de F. Reviriego, en FERRER MACGREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 483.

¹⁵² Cfr. TORRES, Aída, «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA J.I. y JÁUREGUI G. (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 171.

estructura del poder público, desde la perspectiva del equilibrio institucional¹⁵³. En esta misma línea, Paola ACOSTA plantea que la relación entre los diferentes ordenamientos ya no se concibe en términos de jerarquía sino de «heterarquía», en la que prevalecen principios y objetivos constitucionales comunes, mas no una norma última, sea ésta que provenga del Derecho nacional, regional o universal¹⁵⁴. De esta forma, ACOSTA piensa que la Convención no puede ser vista como la cúspide del ordenamiento jurídico en América Latina, ni los jueces de la Corte Interamericana ser considerados superiores jerárquicos de los jueces nacionales. En su opinión, el modelo del pluralismo constitucional permite reivindicar el protagonismo del juez interno y el papel subsidiario del juez regional¹⁵⁵, con lo cual se subraya el carácter complementario y coadyuvante del sistema de protección interamericano.

Bajo este enfoque, caracterizado por una perspectiva dinámica e integradora del Derecho, es dable afirmar que, en el presente siglo, la preocupación central ya no consiste (o no consiste preferentemente) en definir el lugar de los tratados internacionales sobre derechos humanos en contraposición a las constituciones estatales, sino en buscar mecanismos de coordinación y articulación conjunta entre los diversos ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como supranacionales, que concurren e interactúan en un espacio común con variedad de normas, instituciones, procedimientos e interpretaciones. El diálogo judicial o jurisprudencial es un claro ejemplo de ello.

3.1.2. La apertura del Estado constitucional

Lo que hemos señalado sobre el pluralismo constitucional y la protección multinivel de los derechos puede ser enmarcado dentro de un fenómeno de mayor envergadura como es la «apertura del Estado constitucional». Uno de los autores más relevantes que ha suscrito esta apertura es Peter HÄBERLE, quien ha llegado a afirmar «que los diversos Estados constitucionales no existen más “para sí”, sino que de entrada

¹⁵³ Cfr. *Ídem*, p. 177. Respecto del equilibrio institucional europeo en el modelo pluralista, BUSTOS explica la articulación de las relaciones entre normas constitucionales estatales y supraestatales a través de la figura de una *red constitucional*. Ésta consiste en «una red compuesta por múltiples nudos constitucionales correspondientes a cada uno de los lugares constitucionales y que interactúa continuamente y reflejando, en cierto modo, una soberanía reticular». En tal red, agrega, «cada lugar constitucional mantiene su propio ámbito de actuación independiente que, sin embargo, viene condicionado por el resto de nudos». Véase BUSTOS, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, pp. 191-192.

¹⁵⁴ Cfr. ACOSTA, Paola, «El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 363-364.

¹⁵⁵ Cfr. *Ídem*, p. 366.

constituyen una comunidad universal abierta»¹⁵⁶. Desde un enfoque cosmopolita de raíz kantiana, el jurista alemán promueve la superación del Estado nacional soberano por un «Estado constitucional cooperativo», el cual se caracteriza por relacionarse de forma activa con los demás Estados e instituciones nacionales y supranacionales, como también por ocuparse de los ciudadanos de sus respectivos países, los que ya no le son en modo alguno «extraños»¹⁵⁷. Se trata de un modelo de Estado occidental que presenta una definida apertura frente a posibles vinculaciones internacionales que puedan conllevar efectos jurídicos inmediatos en los correspondientes ordenamientos internos, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos. Asimismo, es un Estado constitucional que dispone de una capacidad prestacional solidaria, así como de una voluntad espontánea para cooperar más allá de sus propias fronteras en los ámbitos de ayuda al desarrollo, la protección medioambiental, la lucha antiterrorista y el fomento de la cooperación internacional, incluso a nivel de Derecho internacional privado, como es el caso de Cruz Roja y Amnistía Internacional¹⁵⁸.

En la misma línea de pensamiento, pero más centrado en los cambios de la justicia constitucional y su desarrollo dogmático, Gustavo ZAGREBELSKY ha propugnado la idea de un «Derecho constitucional abierto». Su propuesta consiste en que deben ser remplazadas las atávicas premisas del «Derecho constitucional cerrado o particularismo constitucional» sostenidas en la reducción de todo el Derecho a la ley interna y en la irrelevancia de todo aquello que exceda el ámbito de la soberanía estatal¹⁵⁹. En su concepto, resulta necesario entender y analizar la Constitución de una forma diferente de cómo se podía comprender en la época en que fue concebido el control de constitucionalidad de las leyes, ya que los presupuestos han cambiado. En particular, sostiene que la distancia que nos separa de entonces puede medirse sobre la base dos puntos cruciales: el cierre de los ordenamientos constitucionales sobre sí mismos y la naturaleza exclusivamente legislativo-positiva de dichos ordenamientos. A juicio de

¹⁵⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 75.

¹⁵⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. de E. Mikunda-Franco, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 259.

¹⁵⁸ Cfr. *Ídem*, 294.

¹⁵⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional* [2008], trad. de A. Mora y M. Martínez, Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 326-327.

ZAGREBLESKY, la crisis de estos dos aspectos en las constituciones modernas es lo que nos debe conducir en nuestra época a un Derecho constitucional abierto¹⁶⁰.

En este nuevo contexto, el profesor de la Universidad de Turín constata la propensión, cada vez más acentuada, de la práctica y de la teoría constitucional a «mirar más allá»¹⁶¹. En este sentido, entiende que en el siglo XXI, a diferencia de épocas pretéritas, «un constitucionalismo exclusivamente nacional se condenaría de forma progresiva a la impotencia y a la marginación de una ciencia que pierde de modo creciente el control de su propia materia»¹⁶². De la misma manera, considera que el constitucionalismo de nuestro tiempo tiende a un «ordenamiento de los ordenamientos»¹⁶³. Pero dicho ordenamiento no surgiría de la adopción de una constitución política mundial que sirva de fuente de validez de las constituciones estatales, sino que, por el contrario, dice relación con la formación de un «patrimonio común de principios constitucionales materiales», elaborados por el conjunto de las múltiples sedes donde se produce y aplica el Derecho constitucional. ZAGREBLESKY agrega que, en este marco, podría hablarse de un «federalismo de las constituciones», cuyos elementos formativos no son los estados ni los pueblos representados por los estados, sino «los ordenamientos constitucionales que se expresan mediante los órganos que los interpretan». La perspectiva es, en su opinión, «más que una unidad esperada, una convergencia que hay que buscar»¹⁶⁴.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que la apertura del Estado constitucional –representada por escenarios de pluralismo constitucional y protección multinivel de los derechos fundamentales–, permite comprender de mejor manera el contexto y los antecedentes del diálogo que se ha venido instaurando progresivamente entre los jueces de distintos ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales.

3.2. Premisas y características distintivas del diálogo judicial

Si en una primera aproximación DE VERGOTTINI nos señalaba que el concepto «diálogo judicial» guardaba relación con la práctica de encontrar en una sentencia de un tribunal, referencias a disposiciones o a decisiones judiciales provenientes de un

¹⁶⁰ Cfr. *Ídem*, p. 329.

¹⁶¹ Cfr. *Ídem*, p. 337.

¹⁶² Cfr. *Ibidem*.

¹⁶³ Cfr. *Ídem*, p. 345.

¹⁶⁴ Cfr. *Ibidem*.

ordenamiento jurídico distinto de aquel en que actúa dicho tribunal¹⁶⁵, el mismo autor nos advierte que sólo en determinadas hipótesis es correcto hablar de «diálogo», mientras que en la mayoría de los casos resulta impropio y erróneo referirse a este término¹⁶⁶. De esta forma, es necesario diferenciar el diálogo judicial de la cita unilateral de precedentes de un sistema jurídico foráneo o del recurso a la comparación¹⁶⁷. Asimismo, conviene precisar que no toda forma de comunicación entre tribunales representa un diálogo judicial.

De acuerdo a BUSTOS, no basta con que exista una confluencia entre ordenamientos para que se produzcan diálogos entre tribunales. A su juicio, una de las premisas fundamentales para que se verifique un diálogo judicial es el mutuo reconocimiento de los intervinientes –quienes pueden ser dos o más– como interlocutores válidos. Así, la presencia de un interlocutor es condición indispensable del diálogo, ya que sin él cada tribunal realizaría un soliloquio¹⁶⁸. Pero, a su vez, el diálogo requiere como paso previo «que se reconozca al otro sujeto dialogante como digno de participar en el mismo»¹⁶⁹. De esta manera, BUSTOS considera que los tribunales intervinientes deben aceptar que «el otro *tiene algo que decir* en la cuestión objeto de controversia»¹⁷⁰. En otras palabras, el diálogo presupone que los jueces dialogantes admiten y valoran la *auctoritas* de sus interlocutores, por lo que privilegian el peso argumentativo de los razonamientos desarrollados en sus sentencias, en desmedro de aquellos pronunciamientos jurisdiccionales que se amparan principalmente en la *potestas* del respectivo tribunal.

Un factor clave para que esta visión sustantiva y persuasiva de las sentencias judiciales sea posible, es la existencia de un determinado «clima cultural»¹⁷¹ que lo fomente. Sobre el particular, DE VERGOTTINI reconoce que en los últimos decenios ha madurado una «situación ambiental favorable al conocimiento recíproco entre ordenamientos y jurisprudencias»¹⁷². Este contexto, a su vez, se ha erigido sobre bases culturales comunes lo que ha permitido una cierta homogeneidad de orientaciones

¹⁶⁵ Véase *supra*, Cap. II, § 3.1.1, p. 42.

¹⁶⁶ Cfr. *Ídem*, p. 40.

¹⁶⁷ Particularmente cuando dicha comparación o cita del Derecho extranjero se utiliza como una forma de «erudición discursiva», a fin de reforzar la argumentación del juez o tribunal. Al respecto, véase DE VERGOTTINI, Giuseppe, «El diálogo entre tribunales», *op. cit.*, p. 495.

¹⁶⁸ Cfr. BUSTOS, Rafael, «XV proposiciones generales...», *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁹ Cfr. *Ídem*, p. 31.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷¹ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*.

jurisprudenciales, homogeneidad que se ve reflejada en coincidencias sustanciales en el modo en que distintos órdenes jurisdiccionales resuelven conflictos similares en distintos Estados¹⁷³.

El profesor de la Universidad de Bolonia va más allá al sostener que hablar de un clima cultural significa, en definitiva, reconocer y resaltar una verdadera «comunidad de valores» entre distintos ordenamientos constitucionales¹⁷⁴. Este rasgo, propio del proceso de apertura del Estado constitucional señalado en el acápite anterior, ha propiciado una «idea o sentido de comunidad» entre los diversos órganos jurisdiccionales que dialogan, idea o sentido que presupone y estimula un lenguaje común o compartido. Dicho lenguaje, en palabras de Javier ANSUÁTEGUI, «tiene que ver tanto con una autocomprensión de juez, en tanto que participante en una empresa global y común, como con la existencia de esa comunidad en torno a determinados contenidos, que al fin y al cabo son los de los derechos»¹⁷⁵.

En este orden de ideas, BUSTOS destaca que toda comunicación requiere la presencia de un «contexto compartido», contexto que será más confluyente cuanto mayor sea la intensidad de la comunicación o diálogo¹⁷⁶. En tal sentido, agrega que el contexto común de los diálogos judiciales implica la necesidad de compartir «una homogeneidad sustancial de fondo en cuanto a los principios constitucionales últimos inspiradores de los ordenamientos concurrentes»¹⁷⁷. Pero aclara, al mismo tiempo, que la homogeneidad constitucional básica no involucra «identidad o plena conformidad», toda vez que los ordenamientos jurídicos que participan del diálogo no renuncian a su autonomía y diversidad particular¹⁷⁸.

Sin el reconocimiento de la «comunidad de valores», del «sentido de comunidad» o del «contexto compartido» que hemos aludido, no sería posible comprender el marco

¹⁷³ Cfr. *Ídem*, pp. 63-64.

¹⁷⁴ A este respecto, no está de más hacer presente que DE VERGOTTINI sostiene que «[h]an sido especialmente los trabajos de HÄBERLE los que han llamado la atención sobre la importancia que ha tenido la apertura del Estado constitucional caracterizado por el pluralismo [de] los principios que maduran a nivel internacional y que son progresivamente compartidos por un número cada vez mayor de Estados, favoreciendo una progresiva integración entre ordenamientos». Cfr. *Ídem*, pp. 64-66. Véase *supra*, Cap. II, § 3.1.2, pp. 45-46.

¹⁷⁵ Cfr. ANSUÁTEGUI, Fco. Javier, *Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho?*, publicación en prensa, p. 13.

¹⁷⁶ Cfr. BUSTOS, Rafael, «XV proposiciones generales...», *op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*. Planteamiento que se relaciona directamente con la noción de «patrimonio común de principios constitucionales materiales» señalada por ZAGREBELSKY. Véase *supra*, Cap. II, § 3.1.2, p. 47.

¹⁷⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 44-45.

cultural y axiológico que estimula y facilita la articulación de diálogos judiciales o jurisprudenciales entre jueces de diversos ordenamientos. A su vez, conviene resaltar la idea que los jueces dialogantes deben buscar la convergencia argumentativa respetando su propia fisonomía e identidad constitucional¹⁷⁹.

En el caso de la tutela de derechos fundamentales, los jueces que participan de un diálogo jurisprudencial tienen que considerar que los argumentos esgrimidos por otros jueces –sean nacionales o internacionales– pueden o deben¹⁸⁰ ser incorporados en sus propios razonamientos a fin de enriquecer y elevar el estándar de protección de su decisión particular y, consecuentemente, de su jurisprudencia futura. Pero el *quid* del diálogo es que esta consideración debe ser de naturaleza recíproca. En efecto, el diálogo judicial presenta como característica distintiva el constituir un mecanismo o «vínculo de ajuste sucesivo»¹⁸¹ entre las jurisprudencias de los jueces o tribunales que participan del mismo. De esta manera, para que se verifique un auténtico diálogo y no un monólogo o soliloquio judicial, es indispensable que la relación entre los jueces dialogantes se base en un criterio de colaboración que ponga de manifiesto «una deferencia de carácter recíproco»¹⁸² entre ellos o de cuenta de una «situación paritaria» y de «intercambio [mutuo]»¹⁸³.

Dicha reciprocidad, deferencia y paridad, cabe recordar, se funda en una premisa sustantiva como es el reconocimiento y la valoración de los jueces dialogantes como interlocutores válidos y, por lo tanto, revestidos de *auctoritas* para participar. En este sentido, es relevante destacar que la mera referencia o cita a una jurisdicción foránea dotada de prestigio no es sinónimo de diálogo, toda vez que, como bien nos aclara DE VERGOTTINI, influencia no equivale a interacción. La influencia es unidireccional, la interacción, en cambio, implica una «plausible reciprocidad»¹⁸⁴. De esta manera, señala el jurista italiano, sólo en los casos de interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo. Por tanto, no resultaría justificado recurrir a este concepto de manera

¹⁷⁹ Identidad que indefectiblemente involucra dimensiones políticas, históricas y culturales del respectivo ordenamiento constitucional.

¹⁸⁰ El carácter facultativo u obligatorio depende del tipo de diálogo. Véase *infra*, Cap. II, § 3.3, pp. 51-52.

¹⁸¹ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, «El diálogo entre tribunales», *op. cit.*, p. 484.

¹⁸² Cfr. *Ídem*, p. 486.

¹⁸³ Cfr. PEGORARO, Lucio, «Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado», en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 38.

¹⁸⁴ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales...*, *op. cit.*, p. 43.

totalizadora y omnicomprendensiva para la generalidad de los casos en que las jurisprudencias traigan a colación precedentes de otros tribunales¹⁸⁵.

Por último, desde el mismo ángulo del «vínculo de ajuste sucesivo», el diálogo judicial puede ser concebido como un mecanismo que, dada su naturaleza y configuración, persigue un «equilibrio constante»¹⁸⁶. Sobre este rasgo, Laurence BURGORGUE-LARSEN señala que el diálogo judicial no garantiza, de una vez y para siempre, una posición firme y estable, ya que esa no es su finalidad. Por el contrario, este mecanismo o práctica jurisprudencial constituye, sobre todo, un «proceso constitucional» propio de un «constitucionalismo abierto» y «evolutivo». Esta característica distintiva hace que el diálogo entre tribunales no sea inmutable, razón por la cual, recalca BURGORGUE-LARSEN, se nutre de cada acción y reacción de los múltiples actores del sistema¹⁸⁷.

3.3. Clasificación de los diálogos judiciales

Las interacciones entre tribunales constitutivas de diálogos judiciales son de una «geometría variable»¹⁸⁸, esto es, se manifiestan de diversas maneras y en diferentes ámbitos. Al presentar un origen pretoriano o jurisprudencial, el diálogo judicial no requiere la creación de nuevos mecanismos o cauces procesales entre tribunales para ser estructurado. Por regla general, aprovecha cauces y técnicas preexistentes para articularse¹⁸⁹.

Tradicionalmente, los vínculos dialógicos entre tribunales se han clasificado en «vínculos o diálogos horizontales» y «vínculos o diálogos verticales». Los primeros se refieren a las relaciones que se producen entre tribunales nacionales o entre tribunales internacionales. Los segundos, a su vez, se verifican entre tribunales nacionales e internacionales¹⁹⁰. Sin abandonar esta distinción básica, BURGORGUE-LARSEN organiza

¹⁸⁵ Cfr. *Ídem*, pp. 43-44.

¹⁸⁶ Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», en UGARTEMENDIA J.I. y JÁUREGUI G. (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 46.

¹⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁸⁸ Cfr. BUSTOS, Rafael, «XV proposiciones generales...», *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁹ Cfr. *Ídem*, p. 46.

¹⁹⁰ Cfr. DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales...*, *op. cit.*, p. 43.

los distintos tipos de diálogos en función de dos categorías principales: «diálogos regulados o previstos» y «diálogos espontáneos o libres»¹⁹¹.

Los «diálogos regulados o previstos» son aquellos que derivan de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional ya que le inducen a dialogar con el juez supranacional. Al producirse entre tribunales nacionales e internacionales, los diálogos regulados o previstos siempre presentan un carácter vertical. A su turno, los diálogos regulados se clasifican en «diálogos integrados» y «diálogos convencionales». Los primeros se plasman en espacios de integración supranacional, como es el caso de la Unión Europea (UE), siendo el mecanismo del reenvío prejudicial el arquetipo de un diálogo regulado por excelencia¹⁹². Los segundos, en tanto, pese a no contar con mecanismos procesales equivalentes al reenvío judicial, tienen lugar entre tribunales internacionales y tribunales nacionales en virtud de las obligaciones que derivan de un tratado o convención internacional, como, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Apelando al lenguaje comunitario de la UE, BURGORGUE-LARSEN señala que en este caso los jueces internos deben actuar como «jueces convencionales de Derecho común»¹⁹³. Asimismo, considera que el diálogo convencional será más o menos conflictivo «según sean los órdenes constitucionales, los hábitos jurisdiccionales y la configuración sociológica de los órdenes judiciales»¹⁹⁴.

Por su parte, los «diálogos espontáneos o libres» no derivan de obligaciones internacionales formales, sino que constituyen la manifestación de una diversidad de «obligaciones invisibles», esto es, de múltiples lazos que el juez no puede ignorar al momento de razonar y adoptar su decisión. Son diálogos que en ausencia total de regulación y previsión, pueden presentarse tanto en sentido horizontal (v. gr., entre jueces nacionales) como vertical (v. gr., entre jueces nacionales y jueces internacionales)¹⁹⁵.

¹⁹¹ Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, «La formación de un derecho constitucional...», *op. cit.*, p. 44.

¹⁹² Este mecanismo se regula expresamente en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el cual establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, a requerimiento de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

¹⁹³ Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, «La formación de un derecho constitucional...», *op. cit.*, p. 44.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibidem*.

¹⁹⁵ Cfr. *Ídem*, pp. 44-45.

De la taxonomía desarrollada por BURGORGUE-LARSEN nos interesa fundamentalmente el «diálogo previsto de naturaleza convencional», ya que es el tipo de diálogo que podría verificarse entre la Corte IDH y los jueces nacionales en el marco del control judicial de convencionalidad. En efecto, en el sistema interamericano de derechos humanos no existen canales procesales específicos que permitan establecer una comunicación directa entre la Corte regional y los jueces locales, como acontece con la cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, si existen obligaciones convencionales que demandan a los órganos del Estado y, en particular, a los jueces internos, el deber de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, así como el deber de adoptar las disposiciones y prácticas de Derecho interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades¹⁹⁶. Dichas obligaciones ofrecen buenas razones para entender que los órganos jurisdiccionales de los Estados partes deben relacionarse con los jueces de la Corte Interamericana, particularmente en el momento de efectuar el control de convencionalidad conforme a los parámetros señalados en la Convención y en la jurisprudencia regional que la aplica.

Ahora bien, sin perjuicio que la circunstancia descrita fuere constitutiva de un «diálogo judicial previsto de naturaleza convencional» entre los jueces nacionales y la Corte IDH, entendemos que el problema de fondo es determinar si la noción «diálogo judicial» –con los elementos y rasgos que ya conocemos– representa la categoría conceptual apropiada para cimentar una justificación teórica del control judicial de convencionalidad en los ordenamientos de los Estados que integran el sistema interamericano. La respuesta de este problema, medular para los propósitos de nuestra investigación, será materia del siguiente párrafo.

4. DEL DIÁLOGO JUDICIAL A LA DIALÉCTICA JURISPRUDENCIAL INTERAMERICANA

4.1. El diálogo judicial: ¿ejercicio dialógico o dialéctico?

Los autores que abordan el diálogo judicial coinciden en que se trata de una forma de comunicación entre dos o más sujetos, sean éstos órganos jurisdiccionales unipersonales (jueces) o colegiados (tribunales). Esta comunicación o intercambio puede inducir tanto al acuerdo como a la discordia, al consenso como a la contradicción.

¹⁹⁶ Véase *supra*, Cap. I, § 2.2.1, pp. 10-16.

Por consiguiente, en ningún caso puede garantizarse que las posturas de los distintos jueces o tribunales que participan del diálogo sean necesariamente concurrentes. Siendo el diálogo, ante todo, una «conversación entre dos o varias personas»¹⁹⁷, las personas que participan en dicha conversación podrían, como es evidente, estar o no de acuerdo en sus visiones, enfoques o planteamientos.

Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española (RAE) podemos constatar que la palabra «diálogo» proviene del latín *dialōgus* y significa «plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos»¹⁹⁸. A su turno, dialogante se define como la «persona que interviene en un diálogo» o que «está abiert[a] al diálogo [o] al entendimiento»¹⁹⁹.

El vocablo o término «diálogo» deja de manifiesto la interacción que debe presentarse entre los intervinientes o dialogantes pero no contempla un aspecto que para los propósitos del diálogo judicial debe ser fundamental: los presupuestos de racionalidad en la construcción de los respectivos argumentos. Desde luego, el concepto «diálogo» sugiere lisa y llanamente el intercambio sucesivo de ideas, opiniones, sensaciones o afectos, pero sin requerir, como *conditio sine qua non*, un ejercicio argumentativo como vehículo de comunicación y fundamento del correspondiente acuerdo o disenso. Así las cosas, un diálogo bien puede articularse sobre la base de emociones, intuiciones o meras percepciones, y seguir siendo un diálogo, toda vez que en estas hipótesis seguirían interviniendo dos o más personas que expresan sus ideas o afectos de forma alternada, únicos requisitos de este concepto.

El «vínculo de ajuste sucesivo», la «deferencia recíproca» o la «interacción mutua» que debe presentarse entre órganos jurisdiccionales para configurar un auténtico diálogo judicial, debe referirse expresamente –sin espacio a ambigüedades ni equívocos– a un proceso argumentativo constante y constructivo. De esta suerte, no debe haber duda que los jueces o tribunales que instauran diálogos judiciales, sean diálogos previstos o espontáneos, buscan estructurar sus propios razonamientos a partir de los argumentos esgrimidos por otros órganos jurisdiccionales, o bien a partir de los disensos o

¹⁹⁷ Cfr. BURGORGUE-LARSEN, Laurence, «La formación de un derecho constitucional...», *op. cit.*, pp. 41-42.

¹⁹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea], Espasa, Madrid, 2014. Disponible en: <http://dle.rae.es>.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

contraargumentos que manifiesten respecto de la jurisprudencia de aquellos órganos con miras a entregar una mejor versión interpretativa.

En este escenario, resulta evidente que el proceso de interacción recíproca de los órganos jurisdiccionales que participan con un lenguaje común en un contexto compartido, no se refiere a un simple intercambio de ideas, visiones o apreciaciones, menos de afectos o sentimientos. Por el contrario, dicho proceso de «ajustes sucesivos» entre intervinientes que «tienen algo que decir», debe consistir en una permanente disputa argumentativa –pero, a la vez, colaborativa– a fin de elevar de forma continua y progresiva la calidad de los razonamientos judiciales de los «dialogantes». En materia de tutela de derechos fundamentales, esta finalidad debe verse reflejada en un umbral de protección cada vez mayor de los derechos en las respectivas sentencias de los tribunales competentes, tanto nacionales como internacionales. Así, por ejemplo, lo que sostiene un tribunal internacional sobre el sentido y alcance de un derecho en particular, debe ser considerado por los jueces nacionales en su jurisprudencia, quienes, a su vez, pueden ampliar o profundizar dicha interpretación. Si esto ocurriese, el tribunal internacional deberá hacerse cargo de esta nueva lectura del referido derecho, ya sea para incorporarla en su jurisprudencia o bien para reformularla en un nuevo razonamiento interpretativo.

Lo descrito es propio de una práctica dialéctica antes que un proceso dialógico. En efecto, si acudimos al diccionario de la RAE podremos advertir que la dialéctica es el «arte de dialogar, argumentar y discutir» en el marco de una «relación entre opuestos»²⁰⁰. Involucra y comprende el diálogo, pero agrega de forma explícita la argumentación como presupuesto ineludible de su ejercicio. Asimismo, requiere de posturas enfrentadas o contrapuestas, expresadas en argumentos y contraargumentos que, en el contexto de un proceso discursivo, darán paso a una conclusión. A partir de la filosofía hegeliana se entiende que las posturas en disputa se plasman en una tesis y antítesis, las que se resuelven en una forma superior o síntesis²⁰¹. La tesis es el planteamiento inicial y la antítesis constituye la oposición a dicho planteamiento. Del enfrentamiento dialéctico entre tesis y antítesis surge la síntesis, que corresponde a la

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Sin perjuicio que el pensamiento dialéctico tiene sus primeras manifestaciones en la filosofía platónica y aristotélica, se ha entendido que la versión hegeliana es la fuente principal de donde proviene el actual uso «común» del término. Al respecto, véase CANDEL, Miguel, «El bucle dialéctico», en LÓPEZ, S. (ed.), *Sobre Dialéctica*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009, p. 13.

conclusión o resultado de la referida disputa. Por lo general, la síntesis incorpora elementos de las posturas en oposición, razón por la cual el pensamiento dialéctico es caracterizado como un pensamiento integrador. Del mismo modo, cabe destacar que la síntesis representa una nueva tesis que, como tal, podrá ser discutida a través de otra antítesis dando origen a un nuevo proceso dialéctico, y así sucesivamente²⁰².

El proceso dialéctico debe sustentarse, necesariamente, en la argumentación. La argumentación es la «acción de argumentar»²⁰³, esto es, la acción de aducir y esgrimir argumentos²⁰⁴. Los argumentos, a su vez, constituyen razonamientos que se utilizan «para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega»²⁰⁵. El razonamiento puede ser de dos clases: teórico o práctico. El «razonamiento teórico» consiste en la acción y efecto de discurrir con el propósito de demostrar la «verdad» de una cosa. Por su parte, el «razonamiento práctico» se refiere a la acción y efecto de razonar que se efectúa no con el objetivo de comprobar algo, sino con la finalidad de ofrecer la «justificación» de alguna decisión, acción o comportamiento que se adopte²⁰⁶.

El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico²⁰⁷. No se razona jurídicamente para descubrir o comprobar realidades empíricas del mundo físico, sino para justificar la adopción o la aplicación de normas que atañen al comportamiento humano. El razonamiento judicial, en particular, tiene por finalidad justificar decisiones que dirimen conflictos de relevancia jurídica de conformidad a las normas del sistema. Estas decisiones se articulan sobre la base de argumentos racionales exigidos por el

²⁰² Este carácter no estático ha permitido situar los antecedentes de la filosofía dialéctica en el pensamiento de Heráclito. Si bien en sus fragmentos no aparece el término «dialéctica», constituyen piedras angulares de su pensamiento los conceptos de cambio y oposición, los cuales son eminentemente tensionales. A su vez, la filosofía de Heráclito no se basa en ideas fijas, como las categorías de substancia o esencia, sino en ideas que denotan movimiento. Cfr. SACRISTÁN, Manuel, «De la dialéctica», en LÓPEZ, S. (ed.), *Sobre Dialéctica*, op. cit., p. 108.

²⁰³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

²⁰⁴ De acuerdo a ATIENZA, los elementos que configuran el concepto de argumentación son los siguientes: 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. 2) Presupone siempre un problema. 3) Supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. 4) Es una actividad racional, en un doble sentido: es una actividad orientada a un fin y, además, existen criterios para poder evaluarla. Cfr. ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 109-110.

²⁰⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, op. cit.

²⁰⁶ Cfr. SQUELLA, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 446-447.

²⁰⁷ O bien, un caso especial del discurso práctico general. Véase ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica* [1978], 2ª ed., trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 205-213.

Derecho, mas no en simples ideas, opiniones, intuiciones o apreciaciones. A través de los pronunciamientos jurisdiccionales los jueces no manifiestan sus «ideas o afectos», como acontece en un diálogo, sino que exponen sus decisiones fundadas en una estructura concatenada de razonamientos.

En virtud de lo expuesto, consideramos que la noción de «diálogo judicial» debe ser reemplazada por el concepto de «dialéctica jurisprudencial» para designar los vínculos de ajustes sucesivos e interacciones recíprocas que se observan entre jueces que miran más allá de sus ordenamientos –en el marco de la apertura del Estado constitucional–, a fin de elevar los estándares argumentativos de sus pronunciamientos jurisdiccionales. A nuestro juicio, el ejercicio dialéctico expresa de forma más certera y rigurosa el proceso argumentativo e interpretativo que, en constante disputa y retroalimentación, debe verificarse entre las jurisprudencias de los jueces y tribunales que convergen con un lenguaje común en un contexto compartido, sobre todo cuando dicho lenguaje y contexto corresponde al de los derechos fundamentales y sus mecanismos de tutela.

4.2. La dialéctica jurisprudencial en el sistema regional interamericano y su imbricación con el control judicial de convencionalidad

Los vínculos recíprocos generados por la «dialéctica jurisprudencial» propuesta son la clase de vínculos que deben establecerse entre los jueces nacionales y la Corte Interamericana. Del mismo modo, estos nexos dialécticos no sólo debiesen ser reforzados a partir de la aplicación del control judicial de convencionalidad, sino que, a la vez, debiesen representar una razón sustantiva para respaldar y propiciar la aplicación de dicho control. En este marco, entendemos que el control judicial de convencionalidad puede ser comprendido de mejor forma desde la óptica de la «dialéctica jurisprudencial».

Para articular esta ilación entre el control judicial de convencionalidad y la dialéctica jurisprudencial en el sistema interamericano debemos aceptar, antes que todo, que las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos son normas jurídicas vinculantes y no meras recomendaciones supeditadas a la voluntad de cumplimiento de los Estados que han concurrido a su aprobación y ratificación. Por ello, estimamos que poner en duda o cuestionar la obligatoriedad de las normas del Derecho internacional, en particular, las que provienen de los instrumentos de protección de los derechos humanos, significa no sólo desconocer la estructura de las

fuentes formales que configuran un ordenamiento jurídico, sino que, más grave aún, significa ignorar el contexto cultural, político y jurídico en el que el Derecho occidental está inmerso.

Hecha la prevención, debemos recordar que la Convención Americana señala que los Estados partes tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en el tratado, como, asimismo, el deber de adoptar las disposiciones y prácticas en sus ordenamientos internos que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Sin perjuicio que las referidas obligaciones convencionales recaen sobre todos los órganos públicos –quienes deben contrastar sus actos y decisiones con las normas de la Convención–, lo cierto es que los principales custodios de su cumplimiento en los respectivos sistemas domésticos son los órganos jurisdiccionales.

Si bien la Corte Interamericana ha indicado que el Estado (como entidad) es el principal garante de los derechos, el mismo Tribunal regional ha señalado que en caso de producirse un acto violatorio de estos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar el daño, antes de tener que responder frente a instancias internacionales²⁰⁸. El mecanismo institucional por antonomasia para dirimir un conflicto de esta naturaleza en un Estado de Derecho es el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional. De esta manera, son los jueces, en definitiva, quienes deben resolver los casos sobre vulneraciones de derechos fundamentales generados en sus ordenamientos, oportunidad en la que deben verificar la compatibilidad de las normas y decisiones adoptadas en su Derecho interno con los estándares internacionales de protección establecidos en la Convención y en la jurisprudencia regional que la aplica.

Aun cuando no existe ninguna norma específica de la CADH que señale literalmente que los jueces nacionales deben llevar a cabo un control de convencionalidad²⁰⁹, consideramos que esta pretensión formalista y exegética se desvanece al comprender a cabalidad el sentido y alcance de las obligaciones prescritas

²⁰⁸ Véase *supra*, Cap. I, § 2.1.2, p. 9.

²⁰⁹ Circunstancia que, recordemos, ha sido advertida por SAGÜÉS y FUENTES con conclusiones antagónicas. En efecto, mientras SAGÜÉS defiende la presencia del control de convencionalidad a través del argumento de la «interpretación mutativa por adición» que realizaría la Corte para fortalecer el sistema, FUENTES, por su parte, entiende que en ausencia de una justificación normativa expresa no es posible sostener que los jueces internos puedan declarar sin efectos jurídicos leyes contrarias a un tratado. Véase *supra*, Cap. I, § 3.1.1, pp. 22-23, y § 3.2.2, pp. 29-30, respectivamente.

en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. A su vez, la exigencia jurídica del cumplimiento de estas obligaciones convencionales se refuerza a través de los principios *pacta sunt servanda* y la imposibilidad de invocar el Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional, regulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²¹⁰. Por lo anterior, entendemos que existen razones suficientes, desde un prisma jurídico-positivo, para respaldar la presencia y operatividad del control judicial de convencionalidad. En consecuencia, creemos que el control de convencionalidad representa una práctica jurídica que tiene pleno asidero en el lenguaje de las normas y principios del sistema interamericano de derechos humanos, así como en el lenguaje de la dogmática jurídica que lo aborda.

Ahora bien, si analizamos el control judicial de convencionalidad desde la óptica de la dialéctica jurisprudencial, veremos que éste puede representar una instancia propicia para instaurar un proceso dialéctico entre órganos jurisdiccionales, o bien para continuar con una dialéctica argumentativa ya iniciada. Como sabemos, en el control de convencionalidad los jueces deben efectuar un examen de confrontación normativa entre las disposiciones de sus ordenamientos internos y las normas de la Convención Americana, a fin de constatar la compatibilidad de las primeras respecto de las segundas. Si las disposiciones nacionales sometidas al mencionado cotejo normativo no están conformes al tratado regional, deben ser inaplicadas de acuerdo a los mecanismos procesales regulados en el propio ordenamiento interno.

En la determinación de la convencionalidad o inconvencionalidad de las prescripciones nacionales, los jueces domésticos deben tener en consideración lo que la Corte IDH ha dicho sobre las respectivas disposiciones del tratado que se han utilizado en el examen de compatibilidad constitutivo del control. De esta manera, en el control de convencionalidad los jueces nacionales no sólo deben tener en cuenta el tratado regional, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana²¹¹. Pero esta circunstancia no debe significar de modo alguno que los jueces nacionales deban adoptar una actitud obsecuente respecto de los pronunciamientos del Tribunal regional. Por el contrario, nada obsta a que los jueces internos puedan desarrollar una línea interpretativa que controvierta la jurisprudencia de

²¹⁰ Véase *supra*, Cap. I, § 2.2, pp. 10-18.

²¹¹ Así lo ha señalado expresamente la Corte IDH desde el caso *Almonacid Arellano*. Véase *supra*, Cap. I, § 2.1.2, p. 6, nota 15.

la Corte, profundice sus razonamientos o, incluso, se haga cargo de un aspecto que hasta ese momento no haya sido abordado por dicha jurisprudencia.

Así, es posible afirmar que el pronunciamiento jurisdiccional de un juez o tribunal doméstico que efectúa un control de convencionalidad, puede implicar una nueva posición o tesis en relación a la lectura de un derecho reconocido en la Convención, como, asimismo, una posición que refute o modifique una interpretación sostenida por la jurisprudencia de la Corte en relación a estos derechos. Bajo estos presupuestos, consideramos que el control de convencionalidad representa un excelente mecanismo, ya sea para dar inicio a un proceso dialéctico entre los jueces internos y la Corte Interamericana, como para proseguir con una dialéctica jurisprudencial en curso entre estas jurisdicciones.

Para que se consolide este proceso dialéctico en el ámbito interamericano, es indispensable que la Corte regional reconozca a los jueces internos como contradictores válidos, esto es, que los reconozca como «dignos de participar» en el enfrentamiento dialéctico. En este sentido, la Corte IDH debe aceptar que los jueces nacionales «tienen algo que decir» en la interpretación de los derechos señalados en la Convención, lo cual supone, como contrapartida y premisa elemental, que dichos jueces «estén en condiciones de decir algo» sobre la atribución de significado de los citados derechos.

Asimismo, es necesario que la Corte Interamericana no adopte una actitud de superioridad moral, intelectual y jurídica en la interpretación de los derechos amparándose en su doctrina de autocatalogarse como la «intérprete última de la Convención». Desde luego, las competencias contenciosa y consultiva de la Corte IDH²¹² no sustraen de los órganos jurisdiccionales internos la posibilidad de interpretar las disposiciones de la Convención Americana en los casos particulares en que deban pronunciarse. Es más, es preciso reiterar y recalcar que la Corte Interamericana no tiene una preeminencia jerárquica sobre los jueces nacionales. Su intervención jurisdiccional se sitúa en un plano de complementariedad respecto de los Derechos internos, por lo que constituye, fuera de dudas, un Tribunal coadyuvante de las jurisdicciones domésticas y no un Tribunal de casación.

Al asumir una actitud de apertura y receptividad argumentativa respecto de los pronunciamientos internos, la Corte regional podrá hacerse cargo de las interpretaciones

²¹² Véase *supra*, Cap. I, § 2.1.1, p. 3, nota 6.

elaboradas por los jueces domésticos. En este escenario, podrá acoger las nuevas lecturas de los derechos de la Convención –incorporándolas en su jurisprudencia–, como, también, controvertir dichas posiciones reformulándolas en una nueva versión interpretativa. Esta nueva versión, a su vez, quedará abierta para una futura interpretación que la confronte en el marco del proceso dialéctico interamericano.

En la dialéctica jurisprudencial propuesta, resulta crucial que tanto los jueces nacionales como los magistrados que integran la Corte IDH se sientan partícipes de una «empresa argumentativa común» inserta en un contexto y lenguaje compartidos. Este proyecto colectivo debe tener por finalidad garantizar los derechos reconocidos en el sistema interamericano, a través de razonamientos jurídicos que proporcionen estándares de protección cada vez más exigentes y sofisticados. El *telos* y los contenidos de la empresa descrita, asimismo, favorecerán la articulación y consolidación de una «idea o sentido de comunidad» entre los diversos órganos jurisdiccionales de la región.

Dicho esto, entendemos que el control judicial de convencionalidad puede contribuir de forma sustantiva en la empresa de tutela de los derechos en América Latina. Visto desde el enfoque de la dialéctica jurisprudencial, podemos apreciar que el control de convencionalidad representa una fase o etapa que da inicio a un proceso dialéctico o continúa uno que se ha incoado. Siguiendo esta idea, el control de convencionalidad puede ser analizado como un capítulo de suma relevancia en la trama dialéctica que van articulando los pronunciamientos jurisdiccionales de los jueces, nacionales e interamericanos, que participan en la referida empresa colectiva.

Así, de acuerdo a lo expuesto en este apartado, es dable sostener que la idea de «dialéctica jurisprudencial interamericana» es la categoría conceptual idónea para respaldar y reforzar la aplicación del control judicial de convencionalidad en los ordenamientos internos de los Estados partes de la Convención Americana. Pero, además y más relevante aún, consideramos que esta noción constituye un enlace o puente conceptual excepcional para la construcción de un planteamiento de mayor elaboración, capaz de entregar una justificación teórica del control judicial de convencionalidad en tanto práctica jurídica del sistema interamericano de derechos humanos. La construcción de este planteamiento justificatorio, objetivo principal de nuestro trabajo, será abordado en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS TEÓRICOS PARA UN ASCENSO JUSTIFICATORIO: EL ENFOQUE ARGUMENTATIVO Y LA NOVELA EN CADENA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

1. EXORDIO: LA NECESIDAD DE UN ASCENSO JUSTIFICATORIO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONVENCIONALIDAD DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO

En el contexto regional de América Latina, hemos podido constatar que el desarrollo jurisprudencial y dogmático en torno a los fundamentos del control judicial de convencionalidad no ha sobrepasado los márgenes disciplinares del Derecho internacional –general y de los derechos humanos– y del Derecho constitucional. Sin ánimo de preterir la relevancia de estos significativos aportes, nos interesa destacar que independientemente de las posturas que se han construido para avalar o desestimar la presencia de un control de convencionalidad en el sistema interamericano, sus bases conceptuales provienen de las normas y doctrinas jurídicas de las citadas ramas del Derecho. Por nuestra parte, cabe reiterar, entendemos que las obligaciones de la Convención Americana y los principios del Derecho internacional regulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ofrecen buenas razones para respaldar la presencia y operatividad de este control en las jurisdicciones internas²¹³.

Teniendo en cuenta el escenario jurisprudencial y doctrinal descrito, consideramos oportuno y conveniente plantearse si al margen de las obligaciones internacionales que asumen los Estados latinoamericanos y que servirían para fundamentar –desde un punto de vista jurídico-positivo– la implementación de un control judicial de convencionalidad en sus respectivos ordenamientos, ¿qué razones se pueden esgrimir para justificar esta institución desde un prisma teórico que permitan, asimismo, sostener la viabilidad de un proceso dialéctico constante y fructífero entre la Corte regional y los jueces de los Estados partes de la Convención Americana?

A nuestro entender, las razones que podrían ser expuestas para este propósito exigen un ascenso de los niveles o lenguajes de justificación. Hasta ahora, la justificación del control judicial de convencionalidad se ha situado, por una parte, en el

²¹³ Véase *supra*, Cap. II, § 4.2, pp. 57-59.

lenguaje de las normas y decisiones que integran el sistema interamericano de derechos humanos y, por otra, en el lenguaje de la dogmática jurídica o metalenguaje del citado lenguaje legal. De esta manera, resulta apropiado y necesario ascender a un metalenguaje del lenguaje dogmático que nos permita justificar el control judicial de convencionalidad desde otro enfoque y nivel de análisis, más considerando que los fundamentos y las repercusiones de la incorporación de este instituto exceden con creces los ámbitos de las disciplinas jurídicas que hasta la fecha lo han explicado y caracterizado.

Este metalenguaje del lenguaje dogmático corresponde al lenguaje de la teoría del Derecho, el cual tiene la virtud de proporcionarnos las herramientas conceptuales idóneas para articular una justificación del referido control consistente con el Derecho positivo y coherente con las doctrinas y principios que lo han sustentado. En efecto, la teoría del Derecho –en tanto vertiente de la filosofía jurídica– tiene por finalidad realizar una reflexión racional sobre el concepto y uso del Derecho, proporcionando una visión omnicomprendensiva del fenómeno jurídico. Cumple (o debe cumplir), además, una función crítica de los conceptos y métodos empleados por la dogmática jurídica y de orientación práctica en la aplicación del Derecho²¹⁴.

Bajo este prisma de análisis, nuestro principal objetivo es proponer una fundamentación teórica del control judicial de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos desde la teoría del Derecho²¹⁵, en particular, desde el enfoque argumentativo de la filosofía jurídica de Ronald DWORKIN y de su metáfora de la actividad judicial como una «novela en cadena». Las razones de esta elección metodológica junto a las características del marco teórico señalado, se explican y justifican en el presente capítulo.

2. ¿POR QUÉ ACUDIR A DWORKIN?

2.1. Relevancia y pertinencia del enfoque del Derecho como argumentación

Al finalizar el capítulo precedente, concluíamos que la noción de «dialéctica jurisprudencial interamericana» representa un enlace o puente conceptual excepcional

²¹⁴ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 3ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2007, p. 249.

²¹⁵ No obstante ser la teoría del Derecho –además de la teoría de la Justicia y la teoría de la Ciencia Jurídica– una arista de la filosofía del Derecho, en adelante serán utilizadas como expresiones equivalentes.

para la construcción de un planteamiento teórico que pueda justificar el instituto del control judicial de convencionalidad en tanto práctica jurídica del sistema interamericano de derechos humanos. Los fundamentos de esta aseveración estriban en que la idea de «dialéctica jurisprudencial» nos induce y alienta a comprender el Derecho con una mirada renovada y particularmente atenta a los cambios experimentados por el fenómeno jurídico desde la segunda posguerra hasta nuestros días. Representa, en nuestro concepto, una práctica que nos permite vincular el Derecho, en general, y el control judicial de convencionalidad, en particular, con un enfoque teórico distinto de las concepciones jurídicas predominantes hasta la pasada centuria.

A este respecto, cabe precisar que la manera de identificar, conceptualizar y caracterizar el Derecho guarda una directa relación con el prisma o enfoque teórico con el que sea abordado²¹⁶. Siguiendo a Manuel ATIENZA, podemos señalar que en el marco de la cultura jurídica occidental, tres de estos enfoques o concepciones han tenido una especial relevancia teórica: el enfoque estructural, el enfoque realista y el enfoque valorativo²¹⁷.

El primero de estos enfoques es el que ha dado lugar a las diversas formas de normativismo jurídico. Su preocupación ha sido básicamente identificar las normas que integran el Derecho, sus formas de producción y condiciones de validez, y las relaciones que se establecen entre éstas dentro de una estructura o sistema. Apelando a una metáfora, lo que ha procurado este enfoque es reconocer y delimitar los componentes del edificio jurídico, describiéndolo tal y como es, y no comparándolo con otro, ni menos pretendiendo construir uno distinto. El enfoque estructural adopta el prisma de una fotografía del edificio, donde las imágenes capturadas están conformadas por el lenguaje de las inmóviles normas en abstracto.

El segundo enfoque se identifica, en un sentido amplio, con visiones realistas y sociológicas del fenómeno jurídico. No aborda el Derecho como un fenómeno normativo sustentado en el lenguaje, sino como un fenómeno social respaldado en la

²¹⁶ Cada enfoque teórico o concepción del Derecho procura entregar respuestas articuladas en torno a cuestiones fundamentales del fenómeno jurídico, tales como: cuáles son sus componentes o piezas constitutivas; qué se entiende por Derecho válido; qué relación existe entre el Derecho, la moral y el poder; qué funciones y fines cumple el Derecho; cómo se realizan las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; cómo puede conocerse el Derecho y de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico. Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, 3ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pp. 19-20.

²¹⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., pp. 251-252.

vigencia de comportamientos humanos, ya sea de funcionarios –particularmente de jueces– o de ciudadanos. El enfoque realista entiende que la eficacia es el fundamento de validez de las normas que integran el sistema. Siguiendo la metáfora, lo que importa a este enfoque es la funcionalidad del edificio, para qué sirve cada uno de sus elementos y qué lugar ocupa en el espacio en el que se ubica. En este marco, el prisma o ángulo que le ha interesado destacar al enfoque realista es el de los comportamientos de aquellos que forman parte del edificio.

Por último, el tercer enfoque se relaciona con las escuelas que han intentado establecer los requisitos de un Derecho justo, acudiendo a parámetros metajurídicos para evaluar la obligatoriedad de las normas del sistema jurídico. El enfoque valorativo ha considerado que el carácter vinculante de las normas del Derecho positivo no depende de otras normas o reglas del sistema, ni de la eficacia de éstas, sino de su contenido o materialidad proveniente de un Derecho natural. En la línea de la metáfora, corresponde al enfoque de un crítico o arquitecto que proyecta la construcción de un edificio de acuerdo a determinados cánones ideales o modélicos, pero que no participa de la construcción y ejecución del mismo.

Cada uno de estos enfoques teóricos tiende a observar el Derecho como un fenómeno normativo, como comportamientos humanos o como una realidad axiológica, respectivamente, o por lo menos a resaltar como elementos determinantes del fenómeno jurídico alguna de estas características²¹⁸. Con mayores o menores énfasis y matices –incluso al interior de cada concepción²¹⁹–, estos enfoques han destacado las dimensiones de validez, eficacia y justicia del Derecho, asociándolas correlativamente a las nociones de norma, hecho y valor. Con estas dimensiones y referencias conceptuales, se han construido los enfoques teóricos más influyentes y difundidos sobre el Derecho, en especial durante el transcurso del siglo XX.

Pero además de los enfoques mencionados, cabe la posibilidad de plantear la existencia de un cuarto enfoque. Un enfoque que ve el Derecho como una técnica

²¹⁸ Cfr. *Ídem*, p. 275.

²¹⁹ Así, por ejemplo, dentro del enfoque estructural se puede diferenciar claramente entre el positivismo normativista de Hans KELSEN y el positivismo analítico de Herbert HART. En el enfoque realista se distingue entre el realismo jurídico norteamericano de autores como Karl LLEWELYN y Jerome FRANK, y el realismo escandinavo representado, entre otros, por Karl OLIVECRONA y Alf ROSS. Por su parte, en el enfoque valorativo existen importantes diferencias entre las diversas escuelas del iusnaturalismo, entre las que destacan el iusnaturalismo teológico del medioevo, el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, y los iusnaturalismos del siglo XX donde se sitúan, por ejemplo, autores tan diversos entre sí como Gustav RADBRUCH, Lon FULLER y John FINNIS.

institucionalizada para dirimir o solucionar determinados problemas prácticos. Para este enfoque, el Derecho no se reduce a un conjunto de normas, comportamientos o juicios de valor, sino que consiste en una actividad, una práctica compleja, una empresa intelectual en la que se participa: es el enfoque que considera el Derecho como argumentación. Se trata de una visión instrumental, operativa y dinámica del fenómeno jurídico –pero no por ello exenta de fundamentos teóricos– que presupone, utiliza y es crítica respecto de las anteriores perspectivas, particularmente de aquellas que se limitan a describir los componentes estructurales del Derecho. De esta manera, para el enfoque argumentativo el Derecho deja de ser un objeto previamente dado para convertirse en una tarea o empresa que está en permanente elaboración. Recurriendo a la metáfora, podríamos decir que este enfoque se identifica con la perspectiva de alguien que no se circunscribe a contemplar el edificio jurídico desde fuera o a proyectarlo prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en la construcción y se siente comprometido con la tarea, tanto para edificar la obra como para mejorar el entorno en que se sitúa²²⁰.

La «dialéctica jurisprudencial interamericana» representa una clara manifestación de esta forma de concebir, caracterizar y practicar el Derecho. Constituye, en consecuencia, una idea que nos permite comprender el fenómeno jurídico desde un enfoque argumentativo. En esta línea, cabe destacar que las características distintivas del Derecho como argumentación dejan en evidencia la insuficiencia de las concepciones estructurales, realistas y valorativas para abordar la resolución de los conflictos jurídicos que se suscitan en el marco del Estado constitucional, en particular los relativos a la afectación o vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, no está de más señalar que el proceso de constitucionalización de los derechos –iniciado en Europa luego del término de la Segunda Guerra y en Latinoamérica a partir del fin de las dictaduras militares en la década del 80’–, ha favorecido un modelo argumentativo y de significación normativa frente al caso concreto²²¹.

²²⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 23.

²²¹ De acuerdo a Luis PRIETO, los rasgos singulares del Estado constitucional de Derecho, inscritos en lo que él denomina el *constitucionalismo de los derechos*, son: a) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución como norma suprema; b) la rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no sólo de normas formales (de competencia o procedimiento), sino también y, sobre todo, de normas sustantivas que establecen límites negativos y vínculos positivos a los poderes públicos; c) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, con lo cual su exigibilidad puede hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales encargados de ejercer la justicia

De lo anterior se desprende que el Derecho ya no puede ser entendido –única y exclusivamente– como un conjunto de enunciados, instituciones y fórmulas procesales, sino que, además y, por sobre todo, como una práctica en ejecución o un lenguaje en acción, como una serie de procedimientos discursivos que sirven de cauce a operaciones argumentativas e interpretativas, en especial por parte de los jueces que tienen a su cargo la tutela de derechos y libertades fundamentales.

En este orden de ideas, consideramos que el enfoque del Derecho como argumentación, promovido por el concepto de «dialéctica jurisprudencial», es el enfoque idóneo para elaborar una justificación teórica del control judicial de convencionalidad que pueda respaldar, a su vez, la viabilidad de un proceso dialéctico permanente entre la jurisprudencia de la Corte IDH y de los jueces internos. Así, desde los nuevos presupuestos teóricos del Derecho, entendemos que no basta con una mera descripción de las normas que integran el sistema interamericano o una simple referencia a los precedentes de la Corte que aluden a este instituto para justificar su existencia, sino que resulta necesario articular una fundamentación coherente del control judicial de convencionalidad en tanto práctica argumentativa e interpretativa en el contexto de una dialéctica jurisprudencial que pueda consolidarse en la región.

Es específicamente en el marco conceptual de este enfoque argumentativo donde se sitúa la teoría del Derecho de Ronald DWORKIN, autor que, según nuestro parecer, ofrece la filosofía jurídica más adecuada para dar el sustento teórico requerido en la presente investigación²²².

constitucional, sin perjuicio que, a su vez, deben ser directamente aplicados los derechos por parte de los jueces ordinarios; y d) la rigidez constitucional, a fin de fortalecer el principio de supremacía constitucional. A juicio de PRIETO, este nuevo escenario jurídico y político ha significado una renovación de la teoría del Derecho –fundamentalmente la de carácter positivista–, que puede resumirse en los siguientes contrapuntos conceptuales: constitucionalismo en lugar de legalismo, conflictualismo por sobre coherentismo, principios en vez de reglas, ponderación antes que subsunción y argumentación en lugar de discrecionalidad judicial. Cfr. PRIETO, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 25-38.

²²² En el cambio de paradigma impulsado por el Estado constitucional, en cuyo seno se desarrolla el enfoque del Derecho como argumentación, la filosofía jurídica dworkiniana ha sido considerada por muchos como la más determinante o influyente. Para ATIENZA, por ejemplo, la obra de DWORKIN (a pesar de sus ambigüedades) representa el punto de referencia a partir del cual se toma partido en amplios sectores de la teoría del Derecho contemporánea. De hecho, agrega, muchos autores precedentes de diversas tradiciones filosóficas y jurídicas han defendido tesis que, en el fondo, no se diferencian sustantivamente de las de DWORKIN. Entre éstos, cita a Neil MACCORMICK, Robert ALEXANDER, Joseph RAZ, Carlos NINO y Luigi FERRAJOLI. Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, op. cit., pp. 54-56. A estos autores que integran el denominado «paradigma constitucionalista» y que coinciden en gran medida con los presupuestos del enfoque del Derecho

2.2. Relevancia y pertinencia de la obra jurídica de DWORKIN

Habiendo expuesto sobre la relevancia del enfoque del Derecho como argumentación y su singular pertinencia para respaldar los propósitos de este trabajo, debemos profundizar sobre las razones de la elección de la filosofía jurídica de DWORKIN como base teórica de nuestra propuesta, lo que significa, en otras palabras, dar respuesta fundada a la pregunta ¿por qué acudir a DWORKIN? Estas razones, vinculadas entre sí y de las que se extraen importantes argumentos adicionales, son las siguientes: primero, adopta de forma explícita el enfoque del Derecho como argumentación; segundo, aborda este enfoque argumentativo desde el punto de vista interno; tercero, destaca la trascendencia de la actividad judicial como impulsora de cambios sociales; y cuarto, construye una teoría del Derecho que orienta la práctica. A continuación nos referiremos a cada una de ellas.

2.2.1. *El enfoque argumentativo del Derecho*

Para DWORKIN el Derecho es un fenómeno social que presenta como rasgo característico y distintivo ser una práctica argumentativa²²³. La práctica jurídica consiste fundamentalmente en desplegar razones y argumentos para respaldar tesis que se enfrentan y que se someten a la decisión de un tercero imparcial. Desde este enfoque, lo más relevante son las razones jurídicas que se esgrimen en la controversia y, sobre todo, aquellas razones contenidas en el pronunciamiento del juzgador. DWORKIN adopta de forma explícita el enfoque del Derecho como argumentación. En su obra, el Derecho no se circunscribe a un conjunto de normas, comportamientos o valores, sino que se identifica con una práctica o actividad que adquiere sentido y fisonomía —en ese orden—, en virtud de la dimensión justificativa del fenómeno jurídico sustentada en la racionalidad práctica²²⁴.

En este contexto, DWORKIN sostiene que el Derecho consiste en la mejor justificación de las prácticas jurídicas como un todo y señala, además, que el Derecho representa «la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser»²²⁵. Así, se debe argumentar frente al caso concreto, pero teniendo particularmente

como argumentación, PRIETO agrega el nombre de Gustavo ZAGREBELSKY, incorporación que compartimos plenamente. Cfr. PRIETO, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., p. 31.

²²³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia* [1986], 2ª ed., trad. de C. Ferrari, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012, p. 23.

²²⁴ Sobre el concepto de razonamiento práctico, véase *supra*, Cap. II, § 4.1, p. 56.

²²⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 11.

en consideración las prácticas y razonamientos que conforman el Derecho en su totalidad. El proceso argumentativo en DWORKIN debe ser coherente con el caso –y sus precedentes– y con el sistema jurídico –como un todo–; con lo particular y, desde ahí, con lo general. Esta coherencia argumentativa debe abogar por construir la mejor justificación de lo resuelto, lo que redundará indefectiblemente en la configuración del Derecho en su mejor versión. La historia narrativa a la que alude metafóricamente DWORKIN da cuenta de la empresa intelectual que constituye el Derecho. Como toda narración, el Derecho dispone de narradores, trama, personajes, estructura, tiempo y espacio, entre otras características. Estos rasgos y elementos permiten comprender de mejor manera la complejidad del Derecho en tanto actividad en constante elaboración y desarrollo.

La narración cobrará vida cada vez que la obra requiera ser interpretada frente a un caso particular. Ello explica la trascendencia de la interpretación jurídica en la teoría del Derecho de DWORKIN. El proceso interpretativo –inserto en el marco de un enfoque argumentativo–, será el encargado de ir configurando la historia narrativa a través de los casos que requieran ser dirimidos. En palabras de DWORKIN, el razonamiento jurídico es «un ejercicio de interpretación constructiva»²²⁶. A este respecto, coincidimos con la afirmación de Fernando QUINTANA, para quien la interpretación en la obra de DWORKIN constituye «el modo privilegiado por el cual el Derecho actúa, se hace real [y] vivo», ingresando en la compleja realidad histórica para dejar allí su huella en la solución jurídica impuesta²²⁷.

En el cuadro de las concepciones de la argumentación jurídica, el enfoque propuesto por DWORKIN puede calificarse como una concepción material, sin perjuicio de aclarar que él no tiene la finalidad de realizar una teoría de la argumentación jurídica propiamente tal²²⁸, sino una filosofía del Derecho cuyo eje central es la argumentación e interpretación de las prácticas jurídicas. Decimos que se identifica con una concepción material de la argumentación, toda vez que su preocupación principal es aportar buenas razones en favor de una determinada tesis o proposición jurídica en una dimensión estrictamente justificativa. Lo relevante en DWORKIN es la calidad o el carácter

²²⁶ Cfr. *Ídem*, p. 11.

²²⁷ Cfr. QUINTANA, Fernando, «Hard cases y el problema de la única respuesta correcta», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, p. 234.

²²⁸ Como son, por ejemplo, los trabajos de ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit.; y de MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, London, 1978.

sustantivo de los argumentos presentados en un litigio. A diferencia de la concepción formal²²⁹, su centro de interés son las premisas de la argumentación y no el esquema o proceso de inferencia lógica. Y a diferencia de la concepción pragmática, el enfoque dworkiniano busca el contenido de verdad o corrección de las premisas, su validez material, antes que la persuasión de un auditorio²³⁰ o el acuerdo de un oponente observando determinadas reglas procedimentales²³¹.

2.2.2. *El punto de vista interno*

Según DWORKIN, el carácter argumentativo del Derecho puede ser estudiado desde dos perspectivas. Una, desde la «perspectiva externa» de un sociólogo o historiador que repara en la observación de ciertas prácticas jurídicas desarrolladas en determinados periodos. La otra es la «perspectiva interna» de quienes participan o forman parte de dichas prácticas. Su interés no es sociológico o histórico, sino práctico: desean conocer los argumentos jurídicos que sustentarán la validez de sus pretensiones y decisiones²³².

De estas perspectivas, DWORKIN adopta expresamente el punto de vista interno, el prisma de los participantes. Y de los participantes de las prácticas jurídicas, le interesa fundamentalmente el punto de vista de los jueces «de túnica negra»²³³. No porque sean los únicos actores o, incluso, los más importantes dentro de la historia narrativa que representa el Derecho, sino porque el razonamiento judicial constituye el paradigma útil para comprender a cabalidad la dimensión argumentativa e interpretativa del fenómeno jurídico. En su concepto, otros actores jurídicos –como legisladores y profesores– también se preocupan y discuten sobre aspectos centrales del Derecho, por lo que bien pudo haber tomado sus puntos de vista en lugar del de los jueces. Pero entiende que la estructura del argumento judicial es típicamente más explícita (como práctica

²²⁹ Representada principalmente por la escuela de la exégesis francesa del siglo XIX.

²³⁰ Como es el caso de la vertiente «pragmático-retórica» representada por los trabajos de PERELMAN. Al respecto, véase PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* [1958], 1ª ed., trad. de J. Sevilla, Editorial Gredos, Madrid, 1989, pp. 52-78.

²³¹ Como es el caso de la vertiente «pragmático-dialéctica» representada por la teoría de ALEXY. Al respecto, véase ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 222-272. Sobre la distinción entre concepciones formales, materiales y pragmáticas de la argumentación, véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., pp. 258-262 y, en particular, su obra *El derecho como argumentación*, op. cit., pp. 80-94.

²³² Cabe advertir que la distinción entre el punto de vista externo e interno había sido planteada por HART pero con un alcance diverso. En su teoría, el punto de vista *externo* corresponde al de un «observador que no acepta las reglas». El punto de vista *interno*, por el contrario, lo asume «quien las acepta y las usa como guías de conducta». Véase HART, Herbert, *El concepto de Derecho* [1961], 2ª ed., trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, pp. 110-113.

²³³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 22.

argumentativa) y el razonamiento judicial tiene una influencia sobre el discurso legal que no es totalmente recíproco o equivalente con otros ámbitos o contextos de la argumentación jurídica²³⁴.

La adopción del punto de vista interno o del participante permite no tan sólo una mejor comprensión de la práctica jurídica, sino que promueve su aplicación y constante perfeccionamiento. Recordando la metáfora del edificio jurídico, corresponde a la perspectiva de alguien que no se limita a observarlo o describirlo desde fuera, sino que colabora activamente en su construcción y, además, se siente comprometido con esta tarea²³⁵.

El participante en la obra de DWORKIN le preocupa saber cómo debe actuar en la empresa jurídica, cuáles son las razones que pueden sustentar sus decisiones en un caso concreto. A este respecto, Albert CALSAMIGLIA sostiene que el enfoque positivista (o estructural) es insuficiente e inadecuado para ofrecer respuesta al participante ante su pregunta qué debe hacer. Es más, un positivista coherente –abocado a describir el Derecho de forma objetiva y neutral– contestaría que no tiene nada que decirle al participante. Desde luego, el teórico del Derecho positivista procura describir el Derecho desde el prisma externo del observador del fenómeno jurídico. Asume, por tanto, una actitud cognoscitivo-descriptiva separando (o intentando separar) el Derecho de la moral y de la política²³⁶.

A nuestro juicio, es relevante el planteamiento de DWORKIN desde el punto de vista del participante y, en particular, del juez, ya que es un prisma atento, receptivo y proactivo a los cambios que se suscitan en la práctica del Derecho a través de la interpretación. Así, el Derecho deja de ser concebido como un producto acabado y configurado previo al proceso de adjudicación. Por el contrario, la perspectiva interna entiende que el Derecho es una obra en constante evolución y reelaboración que

²³⁴ Cfr. *Ídem*, pp. 22-24.

²³⁵ Este rasgo, como muchos de la filosofía jurídica dworkiniana, ha sido muy criticado. Por ejemplo, PRIETO considera que para conocer el Derecho no es necesario comprometerse con su labor, idea que compartimos. El tema de fondo es que a DWORKIN no le interesa conocer el Derecho (bajo un enfoque estructural), sino ofrecer un modelo que explique y justifique cómo es y cómo debería ser el Derecho o, más concretamente, la práctica jurídica. Esta propuesta teórica requiere inexorablemente del compromiso de aquellos actores que tienen y deben tener un especial protagonismo en el ejercicio de la práctica del Derecho. Cfr. PRIETO, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pp. 124-125.

²³⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, «Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 493-494.

demanda, de parte de la filosofía jurídica, el aporte de soluciones a los problemas prácticos que se plantean antes que la simple descripción de los fenómenos jurídicos, por muy rigurosa y exhaustiva que ésta sea.

No deja de ser importante conocer las normas, las instituciones y los procedimientos que conforman un ordenamiento jurídico, pero para la adecuada comprensión y justificación de las prácticas y decisiones de los participantes, resulta a todas luces insuficiente. En efecto, presentar el Derecho como un sistema y no como una actividad o empresa –dentro de un sistema– impide apreciar la articulación de la dimensión justificativa y su trascendencia, tanto para el propio ordenamiento jurídico como para la sociedad en su conjunto.

2.2.3. *Trascendencia de la actividad judicial*

La adopción del enfoque del Derecho como actividad argumentativa y del punto de vista interno o del participante, facilitan la comprensión de las prácticas que conforman y renuevan el fenómeno jurídico. Sabemos que el interés de DWORKIN por el conocimiento del razonamiento judicial se explica porque éste representa el paradigma del razonamiento jurídico. La mejor forma de comprender las razones del Derecho y de las proposiciones jurídicas en una disputa argumentativa es reparando en los razonamientos que sostienen la decisión de un juez.

Por lo anterior, a DWORKIN le importa la manera en que «los jueces deciden los casos»²³⁷, esto es, los argumentos que aducen para justificar las premisas normativas y fácticas de una sentencia, y no los móviles o motivaciones personales que los llevaron a enunciar o seleccionar dichas premisas²³⁸. Pero, además, a DWORKIN le interesa la manera en que los jueces deciden los casos porque es particularmente consciente de la relevancia de la función judicial y, con ello, del Derecho, como vía o instrumento de transformación de la sociedad. Considera que decisiones judiciales de trascendencia han contribuido a «revoluciones sociales más profundas que cualquier otra institución política haya o pudo haber causado»²³⁹, citando como ejemplo, entre otros, el caso

²³⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 15.

²³⁸ Como bien ha indicado LINFANTE a este respecto, el centro de interés del razonamiento judicial en la obra de DWORKIN se inserta en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, obviando todo lo relativo al contexto de descubrimiento. Véase LINFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 255.

²³⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 16.

Brown contra Consejo de Educación de 1954, por medio del cual la Suprema Corte de EE.UU. decidió que ningún Estado tenía el derecho de segregar por raza en las escuelas públicas²⁴⁰.

Este ejemplo deja de manifiesto que el interés por la actividad jurisdiccional en la obra de DWORKIN, no se circunscribe a una finalidad teórico-cognoscitiva para explicar determinadas prácticas jurídicas, sino que tiene como fundamento último abogar –a través de la judicatura– por la construcción de una comunidad donde se preserve la consideración y respeto de todos sus integrantes en condiciones de igualdad²⁴¹. El participante dworkiniano, por consiguiente, colabora en la construcción del edificio jurídico y promueve los cambios de su entorno para lograr una mejor convivencia.

Al confiar en la potencialidad de las decisiones de la judicatura, DWORKIN confía, en definitiva, en la potencialidad del Derecho como institución social. Sobre el particular, nos señala expresamente que el Derecho es la «institución social más estructurada y reveladora», la que mejor nos puede decir qué clase de sociedad y de personas somos²⁴². En otras palabras, el Derecho en la filosofía de DWORKIN es el mejor

²⁴⁰ El caso *Brown* representó un cambio de paradigma en la manera de interpretar la Décimo Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, específicamente en lo relativo a la cláusula de igualdad en la protección de los derechos de los ciudadanos (sección 1: «[...] ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes»). Específicamente, cambió la doctrina jurisprudencial de «separados pero iguales» asentada en el Tribunal Supremo desde el caso *Plessy contra Ferguson* de 1896, referida a todos los lugares públicos y no sólo a las instalaciones educativas. DWORKIN estima que el caso *Plessy* constituía un precedente contra la integración que debía ser invalidado. Al respecto, señala que las escuelas públicas con segregación racial no tratan a los estudiantes negros como iguales, bajo ningún tipo de interpretación decente de los derechos que la XIV Enmienda despliega en nombre de la igualdad racial, por lo que no cabe sino concluir que la segregación oficial es inconstitucional, tal como se hizo en el caso *Brown*. Cfr. *Ídem*, p. 273.

²⁴¹ La filosofía jurídica de DWORKIN propende a la protección de los derechos individuales, los cuales son concebidos como triunfos frente a la mayoría. De esta manera, ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a un derecho o conculcarlo de alguna forma. Ahora bien, en su concepción de los derechos individuales DWORKIN entiende que el principio fundamental es la igualdad y no la libertad. En este sentido, señala expresamente que «el gobierno no sólo debe tratar a las personas con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto». El trato con consideración significa que debe tratar a quienes gobierna «como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración», y el respeto, por su parte, apunta a que debe tratar a las personas «como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida y de actuar de acuerdo con ellas». Sobre el particular, añade que el gobierno «no debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración». Tampoco «debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella». Tomados en conjunto, estos postulados sobre los derechos enuncian lo que DWORKIN denomina «la concepción liberal de la igualdad», la que se funda en «una concepción de la igualdad, no de la libertad como licencia». Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de M. Guastavino, prólogo de A. Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 388-389.

²⁴² Cfr. *Ídem*, p. 22.

baremo institucional para saber dónde estamos situados dentro de una comunidad y en qué tipo de comunidad. Pero, además, el Derecho –a través de la judicatura– permite direccionar nuestras prácticas sociales hacia dónde queremos ir como colectividad. Así, en la filosofía dworkiniana la teoría se funde con la práctica. Su pensamiento y enfoque jurídico está dirigido, en último término, «para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener»²⁴³.

2.2.4. Teoría que orienta la práctica

Jeremy BENTHAM introduce en el pensamiento jurídico la categórica y estricta distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. A partir de esta escisión, la vertiente fáctica del fenómeno jurídico quedó entregada a una jurisprudencia analítica o expositiva, en tanto que la vertiente valorativa quedó a cargo de una jurisprudencia crítica o censora²⁴⁴. Lo anterior explica, por ejemplo, por qué la fundamentación teórica del sistema jurídico en BENTHAM no deriva de una dimensión moral o justificativa, sino que surge (o procura surgir) de una descripción –moralmente neutra– de un hábito general de obediencia hacia a un soberano que emite mandatos.

Siguiendo la misma línea de pensamiento –y para muchos, con mayor claridad expositiva–, su discípulo John AUSTIN distinguió entre dos disciplinas: la jurisprudencia y la ciencia de la legislación. La primera tiene una finalidad descriptiva por lo que busca responder la pregunta qué es el Derecho. La segunda disciplina tiene una orientación prescriptiva por lo que se interesa y explica cómo debe ser el Derecho. La jurisprudencia es materia de los juristas o teóricos del Derecho. La ciencia de la legislación, por su parte, la desarrollan políticos y filósofos. Ambas disciplinas se cultivan por separado y sin conexiones entre sí, toda vez que, como señala AUSTIN, la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra²⁴⁵.

Estas distinciones entre ámbitos descriptivos y prescriptivos del fenómeno jurídico, entre juristas expositores y juristas censores, entre aproximaciones del ser y del deber ser, representan las bases conceptuales fundantes de la teoría del Derecho positivista en

²⁴³ Cfr. *Ídem*, p. 290.

²⁴⁴ BENTHAM señala expresamente que a «la provincia del *Expositor* le pertenece que nos explique, como él supone, *qué es* el Derecho; a la del *Censor*, enseñarnos lo que él cree que *debe ser*. La primera, por consiguiente, se preocupa principalmente de establecer, o de investigar los *hechos*; la última, en discutir las razones». Cfr. BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno* [1776], trad. de E. Bocado, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 10.

²⁴⁵ Cfr. AUSTIN, John, *El objeto de la Jurisprudencia* [1832], trad. de J. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 138-140 y 192.

el siglo XIX. Bajo estos parámetros metodológicos se elaboran en el siguiente siglo, sin perjuicio de sus matices y diferencias de contenido, las obras de Hans Kelsen²⁴⁶ y Herbert Hart²⁴⁷.

La tradición positivista inaugurada con la jurisprudencia analítica supone que el Derecho es un producto social que ya existe. Por lo tanto, el teórico del Derecho tiene la finalidad de describir y explicar ese producto, sin que pueda realizar o asumir valoraciones de ninguna especie. Y es que para describir el Derecho no es necesario saber o preocuparse cómo debe ser. A juicio de Carlos Nino, este rasgo constituye la tesis central del positivismo: el Derecho «es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo». Así, el sistema jurídico vigente en una sociedad puede ser identificado tomando sólo en consideración hechos empíricos –como, por ejemplo, el reconocimiento judicial de sus reglas–, sin necesidad de adoptar ninguna postura respecto del valor o de la justicia de sus normas. En otras palabras, el Derecho que «es» puede y debe ser cuidadosamente distinguido del Derecho que «debe ser»²⁴⁸.

El enfoque argumentativo de Dworkin cambia sustantivamente la forma de entender y cultivar la teoría jurídica. La idea del Derecho como actividad o empresa permite recalcar su carácter dinámico y su potencialidad transformadora. De esta manera, el Derecho no puede ser asumido por el jurista como un fenómeno estático o un producto social acabado. Bajo el prisma dworkiniano el Derecho ya no es un conjunto de datos o antecedentes –previamente elaborados– que requiere de los teóricos (sólo) una descripción rigurosa y sistemática, sino una práctica argumentativa que reclama, principalmente, criterios y modelos de justificación de las decisiones que adoptan los distintos operadores jurídicos.

²⁴⁶ La teoría pura de Kelsen «en cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto». Intenta dar respuesta a la pregunta qué es el Derecho y cómo se hace, pero no, en cambio, a la pregunta de cómo debe ser el Derecho o cómo debe hacerse. La teoría pura es para su autor ciencia jurídica y no política jurídica. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 15ª ed., trad. de R. Vernengo de la 2ª edición de 1960, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 15.

²⁴⁷ En el prefacio de *El concepto de Derecho*, Hart señala expresamente que esta obra es «un ensayo de teoría jurídica analítica, porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del Derecho o política jurídica». En este sentido, agrega a continuación que su trabajo «puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva». Cfr. Hart, Herbert, *El concepto de Derecho*, op. cit., p. XI.

²⁴⁸ Cfr. Nino, Carlos, «Dworkin y la disolución de la controversia positivismo vs. iusnaturalismo», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 496 y 498.

Desde el momento en que se construyen y aportan criterios y modelos de justificación de decisiones públicas, indefectiblemente se construyen y aportan valoraciones sobre dichas prácticas y decisiones. La finalidad es contribuir en la realización y perfeccionamiento de la empresa y no limitarse a describir sus departamentos, operarios y faenas. El teórico del Derecho, en consecuencia, no puede ser un observador imparcial de la realidad jurídica, sino que un constructor de soluciones frente a los problemas y exigencias que suscita constantemente dicha realidad.

De esta forma, junto a la dimensión descriptiva, DWORKIN incorpora en la filosofía jurídica la dimensión prescriptiva que es, por lo demás, la dimensión que más le interesa (o debiese interesar) a los participantes del Derecho y, en particular, a los jueces. El razonamiento judicial, como paradigma del razonamiento jurídico, requiere de un enfoque que le proporcione los fundamentos teóricos para conocer, analizar y resolver controversias. En este contexto, siendo el Derecho una práctica o actividad argumentativa, antes que un conjunto de antecedentes fácticos, los enunciados relativos a lo que el Derecho «es» no pueden desvincularse conceptual y metodológicamente de los argumentos relativos a lo que el Derecho «debe ser».

Como bien indica CALSAMIGLIA, la teoría jurídica de DWORKIN orienta la práctica²⁴⁹. Y la orienta fundamentalmente a través de la construcción de razonamientos prácticos o justificatorios que permiten a los participantes de la actividad jurídica respaldar las decisiones públicas que adopten. Así las cosas, podemos decir que en la teoría jurídica de DWORKIN el Derecho que «es» puede y requiere ser cuidadosamente orientado y justificado por el Derecho que «debe ser».

Compartimos los presupuestos de la filosofía jurídica dworkiniana, motivo por el cual los fines de la presente investigación se erigen sobre dichas bases. En efecto, nuestro propósito no es la descripción del control judicial de convencionalidad²⁵⁰, sino la justificación teórica de su implementación. La idea es construir y plantear, a partir de las premisas teóricas de la filosofía del Derecho de Ronald DWORKIN, un modelo justificatorio de esta institución que pueda guiar u orientar su aplicación.

²⁴⁹ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, «El concepto de integridad en Dworkin», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12, 1992, p. 158.

²⁵⁰ Realizada, a nuestro juicio, convenientemente por la dogmática internacionalista y constitucionalista. Véase *supra*, Cap. I, § 3.1, pp. 18-27.

Tenemos particularmente presente que las ideas de DWORKIN no están exentas de críticas y no gozan de especial aceptación, sobre todo entre los juristas de la tradición de Derecho continental. Por el contrario, se le ha calificado como un «autor incómodo» porque ha puesto en cuestionamiento presupuestos profundamente arraigados en la mentalidad de la cultura jurídica²⁵¹. Su obra, en consecuencia, ha generado más objeciones que adhesiones. Al respecto, se ha señalado que es un autor premeditadamente confuso²⁵², que carece de sistematicidad en el tratamiento de sus temas presentando un discurso enrevesado²⁵³, que a menudo construye sus propios contrincantes teóricos a la medida de sus necesidades argumentales²⁵⁴ y que introduce constantes distinciones y subdistinciones conceptuales que no contribuyen a clarificar la estructura argumentativa de sus planteamientos²⁵⁵, entre otras críticas.

De ello estamos plenamente conscientes. Pero nuestra intención no es analizar la teoría jurídica de DWORKIN con fines enciclopédicos y expositivos ni menos hacer un panegírico de su obra. Nuestra finalidad es acudir a aquellas ideas, categorías y metáforas que, por las razones ya expuestas (justificación del marco teórico) y por los contenidos específicos que vamos a desarrollar (marco teórico propiamente tal), consideramos particularmente lúcidas, atingentes e ilustrativas para respaldar la fundamentación del control judicial de convencionalidad. En otras palabras, no está de más reiterar y destacar, el propósito de este capítulo no es describir ni evaluar cada uno

²⁵¹ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, «¿Por qué es importante Dworkin?», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 2, 1985, p. 165.

²⁵² La observación es de PRIETO SANCHÍS, quien especifica que la falta de claridad y rigor de DWORKIN (en su obra *Los derechos en serio*) tal vez se explica «porque no desea asumir un principio de rigurosa separación entre aspectos metodológicos, ontológicos y axiológicos», rasgo que, a nuestro juicio y por contrapartida, constituye una de las principales fortalezas de la filosofía jurídica dworkiniana. Véase PRIETO, Luis, «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, 1985, p. 354.

²⁵³ Cfr. DELGADO, José, «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002, p. 16, nota 3.

²⁵⁴ Cfr. SANTOS, M^a. Lourdes, «Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2003, p. 348.

²⁵⁵ A este respecto, PÉREZ LUÑO agrega que la constante innovación de categorías, clasificaciones y etiquetas en la teoría de DWORKIN ha impedido que las objeciones recibidas hayan tenido una clara respuesta. En su opinión, las refutaciones contra la teoría de DWORKIN han sido «fácilmente desvirtuadas con el recurso a unas diestras dilucidaciones terminológicas», convirtiendo «en malentendidos lo que parecían críticas de fondo». Por esta razón, PÉREZ LUÑO señala que la teoría dworkiniana «recuerda a Hidra: la mítica serpiente marina de Lerna, cuyas nueve cabezas tenían la facultad de engendrar dos nuevas por cada una que se le cortaba». Véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «Las fuentes del derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, p. 158. Siendo muy ilustrativa la metáfora propuesta por PÉREZ LUÑO, no deja de resultar paradójico que la serpiente Hidra es derrotada por... Hércules. Como sabemos, el nombre del hijo de Zeus y héroe de la mitología griega es utilizado por DWORKIN para denominar al paradigmático juez de su filosofía del Derecho.

de los planteamientos de Ronald DWORKIN, sino presentar la que nos parece «su mejor versión» como marco teórico de nuestro trabajo.

De acuerdo a este objetivo, en la siguiente sección abordaremos los principales aspectos de la filosofía jurídica dworkiniana referidos a la práctica del Derecho como práctica argumentativa e interpretativa, a través de tres acápites específicos: en el primero, señalaremos las características del razonamiento jurídico como ejercicio de interpretación constructiva; en el segundo, expondremos su concepción interpretativa del Derecho denominada «Derecho como integridad»; para culminar en el tercer acápite con la explicación de su metáfora de la actividad judicial como una «novela en cadena».

3. LA CADENA DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

3.1. El razonamiento jurídico como ejercicio de interpretación constructiva

3.1.1. El giro interpretativo o metodológico

El pensamiento jurídico de DWORKIN se articula y conoce en torno a dos grandes etapas: la primera, representada por la publicación de *Taking Rights Seriously* [1977]²⁵⁶, y la segunda, marcada por la difusión de su obra *Law's Empire* [1986]²⁵⁷. En la primera etapa, DWORKIN orienta especialmente sus esfuerzos en refutar las tesis centrales del positivismo jurídico que, en su concepto, están desarrolladas en su versión más sofisticada en la teoría analítica de HART²⁵⁸. En la segunda etapa, por su parte, DWORKIN tiene como principal finalidad construir y presentar una teoría jurídica alternativa. Surge así su visión del Derecho como integridad desde una concepción interpretativa.

²⁵⁶ Publicada por G. Duckworth, Londres. Traducida con el título *Los derechos en serio*, op. cit. Esta obra reúne una serie de artículos publicados por el autor entre 1963 y 1977, siendo el más relevante *The Model of Rules* [1967], incorporado como capítulo segundo de la obra bajo el epígrafe *El Modelo de las Normas (I)*.

²⁵⁷ Publicada por Fontana Press, Londres. Traducida bajo el título *El imperio de la justicia*, op. cit.

²⁵⁸ Luego de identificar las tesis centrales del positivismo, DWORKIN dirige sus críticas a cada una de éstas señalando que: 1) El Derecho no se compone única y exclusivamente de reglas identificables por su origen (*pedigree*) o procedimiento de creación, sino que existen, además, estándares jurídicos que deben ser observados porque son exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Estos estándares son los «principios jurídicos» como, por ejemplo, el que establece que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o injusticia. 2) Los jueces en los casos difíciles no tienen discrecionalidad para crear Derecho, sino que deben aplicar estos principios que forman parte del sistema jurídico. 3) En este sentido, si no hay reglas aplicables al caso concreto, el juez podrá acudir a los principios jurídicos que sean pertinentes para dirimir el conflicto. Por consiguiente, una de las partes del litigio siempre tendrá un derecho que debe ser reconocido por el juez mediante el descubrimiento del principio jurídico que sirve de fundamento a dicha pretensión. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 61-101.

La idea de la interpretación como eje central de su teoría jurídica está presente desde la publicación de su artículo *Law as Interpretation* [1982]²⁵⁹, el cual tiene la particularidad de haber introducido la metáfora de la «novela en cadena», donde compara la labor de los jueces con la de escritores o novelistas de una obra colectiva. Este artículo fue incluido en la segunda parte de su libro *A Matter of Principle* [1985]²⁶⁰, trabajo en el que amplió sus argumentos en favor de entender el Derecho desde una perspectiva interpretativa. Pero no es sino hasta la publicación de *Law's Empire*, un año más tarde, en el que DWORKIN logra concretar y desarrollar una teoría del Derecho más acabada desde el enfoque del razonamiento jurídico.

La segunda etapa ha sido denominada la etapa del «giro interpretativo»²⁶¹ o «metodológico»²⁶² en la teoría del Derecho de DWORKIN. Con todo, conviene precisar que entre uno y otro periodo no existe un quiebre o un vacío, sino una maduración de su pensamiento jurídico. Desde la publicación de *Los derechos en serio* hasta la publicación de *El imperio de la justicia*, no se evidencia un cambio radical o estructural de su concepción del Derecho sino un desarrollo evolutivo²⁶³. Entre una y otra etapa hay un cambio de orientación y énfasis, más no de presupuestos teóricos y filosóficos. Prueba de lo anterior es lo señalado por el propio DWORKIN en el prefacio de *El imperio de la justicia* al manifestar que esta obra «establece en toda su extensión la respuesta que h[a] estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva [...]»²⁶⁴.

²⁵⁹ Publicado en *Texas Law Review*, vol. 60, pp. 527-550.

²⁶⁰ Publicación de Harvard University Press, Massachusetts. Traducida con el título *Una cuestión de principios*, trad. de V. Boschioli, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

²⁶¹ Cfr. BONORINO, Pablo, *Dworkin*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 17.

²⁶² Cfr. MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del Derecho* [1992], trad. de M. Mendoza, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000, p.13.

²⁶³ Sobre el particular, DELGADO señala que si en una primera etapa, que culmina con *Taking Rights Seriously*, el esfuerzo teórico de DWORKIN fue principalmente «crítico [y] destructivo de varios de los pilares del positivismo, posteriormente adquirió una orientación constructiva guiada por la pretensión de elaborar una teoría jurídica novedosa». Cfr. DELGADO, José, «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin...», *op. cit.*, pp. 15-16, nota 2. Con todo, y siguiendo a GUEST, cabe advertir que «las descripciones comunes acerca del trabajo de Dworkin han tendido, inútilmente, a poner un énfasis excesivo sobre sus ataques al positivismo». Cfr. GUEST, Stephen, «Ronald Dworkin», trad. de M^a. A. Rojas, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, p. 574.

²⁶⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 11. En este mismo sentido, dos años antes había manifestado —ante la pregunta ¿qué es importante en la filosofía jurídica?— que su interés ha sido «poner especial énfasis en el hecho de que los conceptos jurídicos fundamentales, incluyendo la idea misma de Derecho, son conceptos contestados o interpretativos, de tal modo que no pueden explicarse utilizando las formas convencionales de análisis conceptual o lingüístico que se usan para explicar, por ejemplo, el concepto de justicia. Por tanto, cualquier teoría del Derecho competente debe ser ella

3.1.2. *La interpretación constructiva o creativa*

Para DWORKIN la interpretación es una actividad que tiene lugar en distintos contextos o ámbitos. Específicamente, distingue cuatro contextos o clases de interpretación: conversacional, científica, artística y de prácticas sociales. La interpretación más común y familiar es la que produce con ocasión de la conversación. Por medio de ésta, se trata de interpretar los sonidos o marcas que hace otra persona para decidir lo que ha dicho. En la interpretación científica, en cambio, el científico recopila datos o elementos –que no han sido creados por otras personas– que luego interpreta. Por su parte, tanto en la interpretación artística como en la interpretación de prácticas sociales, se procura interpretar algo creado por otras personas –ya sea, por ejemplo, poemas, pinturas o textos– como si dicha interpretación fuera una entidad distinta de la obra de sus creadores.

Sobre la base de esta similitud entre la interpretación artística y la interpretación de prácticas sociales, DWORKIN denomina a ambas clases como formas de interpretación «creativa», distinguiéndolas claramente de la interpretación conversacional y científica²⁶⁵. La interpretación (creativa) de obras de arte y de prácticas sociales se preocupa o interesa en el propósito o valor de las respectivas obras y prácticas, y no en intenciones o factores causales. A juicio de DWORKIN, los propósitos en juego en la interpretación creativa no son esencialmente los pensados por el autor sino los desarrollados por el propio intérprete, quien debe proponer una manera de ver aquello que está interpretado. Así, la interpretación creativa es una interpretación de naturaleza constructiva, ya que debe tratar de imponer o atribuir un propósito a la obra o práctica que se interpreta, para hacer de ésta el mejor ejemplo posible del género al cual pertenece²⁶⁶.

Ahora bien, el que la interpretación haga referencia a propósitos no significa que deba guiarse u orientarse por intenciones subjetivas. La teoría dworkiniana apunta a elucidar y construir el propósito o sentido del material u objeto que se interpreta, y no a descubrir la disposición mental de un eventual autor histórico de dicho material u

misma un ejercicio de teoría moral y política normativa. Este punto de vista me ha llevado recientemente a estudiar *la idea de interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había considerado*» (cursivas agregadas). Cfr. DWORKIN, Ronald, «Respuesta a la encuesta sobre problemas abiertos en la filosofía del Derecho», trad. de A. Calsamiglia, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 1, 1984, p. 79.

²⁶⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 47.

²⁶⁶ Cfr. *Ídem*, p. 48.

objeto. De esta manera, DWORKIN considera que la interpretación creativa no es tanto una «cuestión de intención» –entendida como estado mental–, como una «cuestión de construcción», en el sentido que los propósitos que están en juego son atribuidos por el intérprete y no descubiertos por él²⁶⁷. En sus palabras, «la interpretación creativa, desde una perspectiva constructiva, se ocupa de la interacción entre el propósito y el objeto»²⁶⁸.

Al mismo tiempo, cabe precisar que la adopción de este modelo interpretativo en ningún caso implica o significa que el intérprete disponga de total libertad al momento de realizar su tarea. Para DWORKIN, el hecho que el intérprete deba imponer o atribuir un propósito no le autoriza para hacer de una obra de arte o de una práctica social lo que él –en su fuero interno– hubiera querido que la misma fuera. En efecto, el intérprete está supeditado a la historia o forma del objeto que será interpretado, lo cual restringe las aproximaciones disponibles del mismo²⁶⁹. Por consiguiente, es ineludible que los intérpretes piensen o realicen su actividad «dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo»²⁷⁰.

La interpretación del Derecho es un tipo de interpretación creativa o constructiva. Al ser una práctica social (argumentativa), el Derecho debe ser interpretado teniendo en consideración, por una parte, que los objetos o materiales jurídicos con los que trabaja el intérprete han sido creados por otras personas y, por otra, que la interpretación de dichos objetos y materiales debe constituir una entidad distinta de la pensada por sus autores.

En este sentido, DWORKIN critica la postura de aquellas teorías que conciben la práctica del Derecho como la aplicación de usos lingüísticos (reglas o precedentes) aceptados en la comunidad jurídica y que describen o reflejan decisiones adoptadas por personas o instituciones en el pasado. Denomina a estas teorías del Derecho como «teorías semánticas», ya que se articulan en torno al significado y uso del lenguaje jurídico²⁷¹. Estas teorías, a su vez, acogen el punto de vista del «hecho evidente», según el cual el Derecho sólo depende de hechos históricos manifiestos, esto es, de reglas o

²⁶⁷ Cfr. LINFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica...*, op. cit., p. 267.

²⁶⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 49.

²⁶⁹ Cfr. *Ídem*, pp. 48-49.

²⁷⁰ Cfr. *Ídem*, p. 55.

²⁷¹ A juicio de DWORKIN, las visiones que integran las teorías semánticas padecerían un defecto que denomina el «aguijón semántico», el cual considera o presupone que los operadores jurídicos comparten los mismos criterios para utilizar la expresión «Derecho», conforme a reglas (semánticas) aceptadas por la comunidad. De esta manera, los juristas siempre usarían (o deberían usar) el mismo concepto de Derecho. Cfr. *Ídem*, pp. 36-44.

decisiones adoptadas en el pasado por las instituciones competentes (v. gr., parlamento o tribunales). Desde este punto de vista, los desacuerdos que se producirían en la práctica jurídica entre juristas, abogados o jueces, se reducirían a desacuerdos empíricos respecto de lo que decidieron en el pasado dichas instituciones. Así, el Derecho existe como un hecho evidente por lo que éste «es», y de ninguna forma depende de lo que «debería ser»²⁷².

Por contrapartida, DWORKIN considera que los desacuerdos que se producen en la práctica jurídica son desacuerdos de tipo teórico, vale decir, desacuerdos respecto de la verdad o falsedad de los enunciados formulados por los juristas, en general, en relación con lo que el Derecho ordena, prohíbe o permite hacer²⁷³. En otras palabras, los desacuerdos teóricos son discusiones respecto de la justificación de las «proposiciones de derecho» o «proposiciones jurídicas», entendidas éstas como los distintos enunciados en los que se expone qué es el Derecho en alguna materia²⁷⁴.

Los desacuerdos teóricos constituyen, en definitiva, desacuerdos sobre lo que exige el Derecho, sobre el fundamento que justifica la aplicación de sanciones y decisiones vinculantes por parte del Estado. Son, por lo tanto, desacuerdos interpretativos. La disputa consiste en ofrecer la mejor interpretación de la práctica jurídica y no en precisar si una norma o decisión fue o no adoptada. Para DWORKIN las proposiciones de derecho no son descriptivas ni valorativas, sino que combinan elementos de ambas

²⁷² Cfr. *Ídem*, p. 19.

²⁷³ Cabe precisar que DWORKIN distingue entre distintos tipos de desacuerdo, a saber, desacuerdos sobre «cuestiones de hecho», desacuerdos sobre «cuestiones morales» y desacuerdos sobre «cuestiones de Derecho». Los primeros se refieren a la dimensión fáctica del caso, los segundos versan sobre la justicia o injusticia de la decisión del caso y los terceros dicen relación con las discrepancias que puedan presentarse sobre cuál es el Derecho aplicable al caso. A DWORKIN le interesa abordar este tercer tipo de desacuerdos, le interesa examinar las discrepancias que se suscitan entre los operadores jurídicos a propósito del Derecho. A su vez, en el ámbito de los desacuerdos sobre cuestiones de Derecho distingue entre desacuerdos empíricos y desacuerdos teóricos, a los que hemos hecho referencia. Cfr. *Ídem*, pp. 16-18.

²⁷⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 191. En *Law's Empire*, DWORKIN dirá en términos similares que las «proposiciones de derecho» (*propositions of law*) son los diferentes enunciados y afirmaciones que la gente realiza en relación con lo que el Derecho les permite, prohíbe o autoriza a hacer. Véase *Law's Empire*, op. cit., p. 4. En la traducción de la obra al español se utiliza la expresión «propuestas de ley», lo que induce a confusión respecto de lo señalado por DWORKIN al referirse a las *propositions of law*. Véase *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 17. Sobre el particular, DWORKIN especifica que las proposiciones de derecho pueden ser *muy abstractas y generales*, como la que señala que los estados que integran los Estados Unidos no pueden discriminar a sus ciudadanos por motivos raciales cuando se trata de la prestación de servicios básicos; *relativamente concretas*, como la que indica que alguien que acepta un cheque en el marco de una operación comercial, sin advertir ninguna anomalía en su confección, tiene derecho a cobrarlo; o *muy concretas*, como la que expresa que la Sra. X es responsable de los daños y perjuicios sufridos por el Sr. Y, a quien debe indemnizar por \$ 1.150, ya que la víctima se rompió la cadera al resbalar en la acera cubierta de hielo de la Sra. X. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 191.

dimensiones, sin equivaler a ninguna de las dos, toda vez que representan proposiciones interpretativas de la práctica jurídica²⁷⁵.

En la interpretación constructiva el problema de fondo no es la identificación de los textos jurídicos, sino la justificación de su aplicación al caso concreto. Ello, como bien indica CALSAMIGLIA, exige la reconstrucción de algo más complejo y abstracto que la semántica de la norma²⁷⁶. En efecto, aunque los juristas, abogados y jueces estén de acuerdo sobre cuáles son las reglas vigentes en un sistema y el significado de las palabras de éstas, siempre puede existir el desacuerdo teórico sobre lo que el Derecho exige o autoriza. Para abordar esta disputa, es clave que en el proceso de interpretación constructiva los participantes de la práctica jurídica puedan adoptar frente a la misma una actitud interpretativa.

3.1.3. La actitud interpretativa como rasgo distintivo de la interpretación constructiva

En la interpretación constructiva o creativa, caracterizada por la interacción entre un propósito y el objeto que se interpreta, es indispensable que el intérprete disponga de una «actitud interpretativa» hacia las reglas o materiales que conforman la práctica. A juicio de DWORKIN, la existencia de esta actitud requiere de la presencia de dos elementos. El primero, la suposición que la práctica no sólo existe sino que tiene un sentido respaldado por determinados propósitos o valores, los cuales pueden ser formulados independientemente de la descripción de las reglas que conforman la práctica. El segundo, la suposición que los comportamientos que exige o autoriza la práctica sean sensibles a su sentido, de manera que las reglas que regulan estos comportamientos deben ser entendidas, aplicadas, calificadas, extendidas o limitadas por dicho sentido²⁷⁷.

Extrapolados estrictamente al ámbito del Derecho, estos elementos o componentes de la actitud interpretativa se traducen, por un lado, en la suposición que la práctica

²⁷⁵ Cfr. *Ídem*, p. 192.

²⁷⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, «El concepto de integridad en Dworkin», *op. cit.*, p. 160.

²⁷⁷ DWORKIN plantea la noción de «actitud interpretativa» a partir del ejemplo de una comunidad imaginaria cuyos miembros siguen un conjunto de reglas denominadas «reglas de cortesía». Una de estas reglas es la que afirma que «la cortesía requiere que los campesinos se quiten el sombrero ante la nobleza». Por un tiempo, esta práctica tendría el carácter de un tabú. Las reglas estarían dadas o señaladas sin que nadie las cuestione o modifique. Pero paulatinamente todo empieza a cambiar, ya que cada uno de los miembros de la comunidad comienza a desarrollar «una compleja actitud interpretativa hacia las reglas de la cortesía», actitud que posee los dos componentes mencionados. Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 45.

jurídica posee un sentido, esto es, que existen propósitos o valores que dan sentido a las reglas; y, por otro lado, en la suposición que los comportamientos que exige o autoriza el Derecho sean sensibles a su sentido, con lo cual se reconoce que los valores tienen primacía sobre las reglas, lo que implica, a su vez, cierta flexibilidad en la aplicación de éstas.

Los elementos que conforman la actitud interpretativa son, según DWORKIN, independientes entre sí, de manera que podría encontrarse una práctica social en la que esté presente el primero, pero no el segundo: puede pensarse que la práctica en cuestión tiene un sentido al servir a determinados propósitos, pero no que éstos puedan utilizarse para modificar las reglas que conforman la práctica. En cambio, y aunque él no lo menciona, no podría darse el caso inverso, ya que la presencia del segundo elemento requiere necesariamente de la existencia del primero: sin la presuposición de un sentido de la práctica asentado en propósitos o valores, no podrían entenderse, aplicarse, ni menos modificarse las reglas que la componen. Tal vez por ello DWORKIN señala a continuación que es crucial para la historia de las prácticas sociales, que los intérpretes adopten ambos elementos de la actitud interpretativa²⁷⁸.

La relevancia de la actitud interpretativa trasciende al proceso de interpretación constructiva, al constituir un significativo instrumento de cambio de las prácticas sociales, entre las que se cuenta la práctica del Derecho. Para DWORKIN, al consolidarse la actitud interpretativa respecto de una práctica social, dicha práctica deja ser aplicada de forma mecánica, ya no es una deferencia ignorante o irreflexiva a un conjunto de órdenes emanadas de una institución. Por el contrario, a través de la actitud interpretativa se procura atribuir un significado a la práctica —a fin de presentarla bajo su mejor ángulo—, para luego reestructurarla a la luz de dicho significado²⁷⁹. Agrega que al desarrollarse la actitud interpretativa, las personas empiezan a exigir sobre la base del sentido asignado a la práctica, formas o conductas previamente desconocidas, o a rechazar comportamientos que antes aceptaban y observaban, afirmando que los propósitos o valores que guían la práctica se cumplen mejor a través de lo que ellas hacen que a través de lo que otros hicieron en tiempos pretéritos. De esta manera, a partir de la persistencia de la actitud interpretativa, «la interpretación se pliega a la práctica, alterando su forma y la nueva forma alienta a una nueva reinterpretación, de

²⁷⁸ Cfr. *Ídem*, p. 46.

²⁷⁹ Cfr. *Ídem*, p. 45.

modo que la práctica cambia en forma dramática, a pesar de que cada paso que se avanza es interpretativo de lo que el último logró»²⁸⁰.

En opinión de DWORKIN, en aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho, el fenómeno jurídico puede analizarse y comprenderse con mayor profundidad si se distinguen las fases o etapas por las que transita el proceso de la interpretación constructiva.

3.1.4. Etapas de la interpretación constructiva

DWORKIN distingue tres fases o etapas en el proceso de interpretación constructiva: una etapa preinterpretativa; una etapa interpretativa; y una etapa postinterpretativa.

La *etapa preinterpretativa* tiene por finalidad identificar las reglas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica, esto es, identificar el objeto a interpretar y calificarlo como perteneciente a un determinado género²⁸¹. En el caso del Derecho, deberán identificarse las reglas y precedentes que conforman la práctica jurídica. A primera vista, el carácter de esta etapa sería eminentemente descriptivo pero el propio DWORKIN aclara que, pese a su denominación, en esta fase es necesaria alguna forma de interpretación. La razón: las reglas sociales no llevan una etiqueta que las identifique como pertenecientes a una determinada práctica. En este sentido, DWORKIN agrega que para que se desarrolle la actitud interpretativa es necesario que previamente exista un acuerdo o consenso sobre las reglas que integran la práctica, de manera que posteriormente se pueda ofrecer la mejor interpretación sobre la base de los mismos antecedentes o materiales²⁸². La determinación de cuáles son los antecedentes o materiales jurídicos que deben considerarse como pertenecientes al Derecho, es una tarea que también requiere cierta actividad interpretativa²⁸³.

En la *etapa interpretativa* el intérprete debe establecer una justificación general de las reglas (identificadas en la etapa anterior) que componen la práctica, con lo cual debe

²⁸⁰ Cfr. *Ídem*, p. 46.

²⁸¹ Sin especificar el procedimiento de esta tarea de identificación, DWORKIN se limita a hacer una comparación con el ámbito literario. La etapa preinterpretativa correspondería a aquella donde se identifican y clasifican las obras de distintos géneros: novelas, obras de dramaturgia, etc., en sus palabras es «la etapa donde se identifica y distingue el texto de *Moby Dick* del texto de otras novelas». Cfr. *Ídem*, pp. 57-58.

²⁸² Cfr. *Ibidem*.

²⁸³ DWORKIN admite que «una teoría de la interpretación debe contener una subteoría sobre la identidad de una obra de arte (u objeto que se interpreta), a fin de ser capaz de establecer la diferencia entre interpretar una obra y convertirla en otra». No obstante lo anterior, su teoría interpretativa del Derecho no se hace cargo de esta materia. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 195.

determinar, en definitiva, cuál es el sentido de la práctica²⁸⁴. Tratándose del Derecho, este sentido se configura sobre la base de los propósitos o valores que orientan la aplicación de las reglas. En otras palabras, la práctica jurídica sirve a ciertos fines o pautas axiológicas que le confieren un sentido. Con todo, cabe considerar que las reglas que conforman el Derecho no se guían por un único propósito o un único valor, sino por diversos propósitos y valores, los cuales, incluso, pueden resultar contradictorios entre sí. Es por este motivo que la finalidad de la fase interpretativa es explicitar los propósitos y valores de la práctica (jurídica), lo que demanda la construcción de una o más teorías que den cuenta de la misma. En consecuencia, en esta etapa surgirán las teorías que se enfrentarán para interpretar los materiales jurídicos identificados en la etapa preinterpretativa²⁸⁵.

Por último, en la *etapa postinterpretativa o reformadora* se requiere ver qué necesita la práctica –de qué manera ha de reformarse– para adecuarse de mejor forma a la justificación que acepta en la etapa interpretativa, esto es, para que logre una realización máxima de los propósitos y valores que le confieren sentido²⁸⁶. Por consiguiente, se trata de elegir una de las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos. Los criterios para llevar a cabo esta etapa se basan en los propósitos y valores que pueden mostrar a la práctica en su mejor versión. A juicio de DWORKIN, siempre podrá obtenerse una interpretación (o teoría) que muestre al objeto interpretado como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. En otras palabras, siempre será posible encontrar una interpretación o respuesta correcta en el contexto de justificación del caso concreto.

Las etapas descritas del proceso de interpretación constructiva no son, de acuerdo a DWORKIN, necesariamente lineales o secuenciales, sino que bien podrían adoptar un esquema diverso²⁸⁷. Por ejemplo, el juez podría situarse en la etapa postinterpretativa a

²⁸⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 58.

²⁸⁵ A este respecto, cabe hacer presente que las teorías en pugna se elaboran sobre la base de determinados paradigmas que rigen la práctica jurídica. Según DWORKIN, toda comunidad posee paradigmas de Derecho. Éstos expresan ciertas exigencias concretas de la práctica respecto de las cuales ninguna interpretación plausible de la misma puede dejar de considerar. Son parámetros asentados que evitan que las interpretaciones jurídicas no deriven en simples invenciones. Ahora bien, el mismo DWORKIN agrega que «los paradigmas aseguran las interpretaciones pero ningún paradigma está seguro al desafío de una nueva interpretación que explica mejor otros paradigmas y deja aquél aislado como si fuera un error». Cfr. *Ídem*, p. 62. Véase *infra*, Cap. III, § 3.3.2, p. 102, nota 340.

²⁸⁶ Cfr. *Ídem*, p. 58.

²⁸⁷ Cfr. *Ibidem*.

fin de escoger una interpretación o teoría que, en una dimensión reconstructiva, señale y justifique los propósitos o valores que orientan y fundamentan la aplicación de las reglas que concurren en la decisión del caso. De esta manera, vemos que las actividades consistentes en identificar los materiales jurídicos, elaborar una justificación o interpretación de estos materiales, y reformularlos para que puedan adaptarse de la mejor forma a los propósitos o valores sustantivos que le confieren sentido, no son tareas que se realizan sucesivamente bajo una lógica de compartimentos estanco, sino que se encuentran interrelacionados bajo un esquema de confluencia e imbricación²⁸⁸.

3.2. El Derecho como integridad

3.2.1. *Concepciones del concepto (interpretativo) de Derecho*

Para DWORKIN el Derecho es un concepto interpretativo y no un concepto semántico. Por tanto, la determinación de lo que el Derecho exige o el fundamento de las prácticas jurídicas –en otras palabras, saber en qué consiste el Derecho–, no se obtiene a través del recurso de cánones lingüísticos sobre el uso del vocablo Derecho, sino en virtud de un proceso interpretativo en el que inexorablemente concurren valoraciones (morales y políticas).

En esta línea, la tarea de la filosofía del Derecho será la de asignar o atribuir significado a la estructura institucional sobre la cual se erige un sistema jurídico y su práctica, a saber, legislatura, tribunales y administración, y no aceptar un significado ya estipulado de estas instituciones en un plano semántico. A su vez, la idea del Derecho como concepto interpretativo supone entender que las reglas y principios que forman parte de ese sistema jurídico, son los materiales que se utilizan para resolver litigios, pero en ningún caso constituyen el Derecho en sí mismo²⁸⁹.

En este contexto, el Derecho no es tanto la obra ya realizada, cuanto el proceso de llevarla a cabo. El Derecho no es un concepto definido de antemano, sino un concepto controvertible que requiere de una interpretación que lo presente en su mejor versión. El

²⁸⁸ LINFANTE ha caracterizado a esta situación como un fenómeno «recursivo», denominación que no compartimos ya que la recursividad se refiere a la repetición de etapas –en una estructura o secuencia predefinida– y no a la interrelación de éstas. Cfr. LINFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica...*, op. cit., p. 293.

²⁸⁹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 72-75.

Derecho, por tanto, requiere de una concepción que interprete su concepto²⁹⁰. A juicio de DWORKIN, la concepción que asuma esta tarea debe dar respuesta a tres preguntas relacionadas con el concepto de Derecho. Primero, ¿tiene sentido exigir que se utilice la coerción o la fuerza pública sólo en las formas que estén de acuerdo con los derechos y deberes que «proviene» de decisiones del pasado? Segundo, ¿si dicho sentido existe, en qué consiste? Tercero, ¿qué interpretación de la palabra «proviene», o qué noción de consistencia con las decisiones anteriores, es la mejor? DWORKIN advierte que la respuesta que da una concepción a esta tercera pregunta determina los derechos y responsabilidades concretos que reconoce.

De acuerdo al autor, tres son las concepciones que rivalizan para dar respuesta a las preguntas planteadas o, lo que es lo mismo, para desarrollar el concepto de Derecho. En estricto rigor, construye tres interpretaciones abstractas de la práctica jurídica como respuestas a estas interrogantes. El propio DWORKIN aclara y anticipa que tal vez ningún filósofo del Derecho defendería ninguna de las dos primeras tal como él las describe, pero, no obstante aquello, defiende la inclusión de éstas porque logran captar la idea relativa al concepto de Derecho como reclamo interpretativo en lugar de semántico.

Las dos primeras concepciones en pugna que plantea son el convencionalismo y el pragmatismo. El convencionalismo constituiría una variante o reinterpretación del positivismo. El pragmatismo, en tanto, constituiría una variante o reinterpretación del realismo jurídico americano²⁹¹. Frente a estos rivales, en parte reales y en parte ficticios, DWORKIN opone su concepción del Derecho: el Derecho como integridad²⁹².

²⁹⁰ Sobre este aspecto, coincidimos con SANTOS en el sentido que no sólo el Derecho sino los distintos conceptos que conforman la filosofía política son conceptos interpretativos y no conceptos semánticos. De esta manera, la tesis de DWORKIN puede hacerse extensiva a todos los conceptos morales y políticos. Por ejemplo, las diversas concepciones interpretativas en relación a los conceptos de igualdad, libertad o democracia, son interpretaciones de estos conceptos, es decir, responden al intento de explicar y justificar lo que hay de valioso en los ideales que representan y, a partir de ahí, poder identificar las exigencias que conllevan. Véase SANTOS, M^a. Lourdes, «Una filosofía para erizos...», *op. cit.*, p. 366-367.

²⁹¹ En este sentido, NINO señala que del momento en que «se asigna a las teorías jurídicas un carácter interpretativo y no meramente semántico, teorías como el positivismo y el realismo adquieren una dimensión significativa y se convierten, respectivamente, en propuestas de interpretar a la práctica jurídica en forma convencionalista o en forma pragmatista». Cfr. NINO, Carlos, «Dworkin y la disolución de la controversia positivismo vs. iusnaturalismo», *op. cit.*, p. 526. No obstante lo anterior, cabe agregar que entre los autores reconstruidos o reconvertidos bajo las categorías dworkinianas, HART ha manifestado expresamente su rechazo a la reformulación de sus ideas bajo el rótulo de una teoría interpretativa de tipo convencionalista. Para ello esgrime dos razones: en primer lugar, expresa, «[su] teoría no es un positivismo del hecho evidente puesto que dentro de los criterios de validez admite valores y no sólo hechos». En segundo lugar –y, a su juicio, más importante aún–, entiende que «mientras que la teoría interpretativa de Dworkin, en todas sus formas, depende de la

Según DWORKIN, el convencionalismo comparte la ambición general del popular lema «la ley es la ley», pero la interpretación que construye sobre el concepto de Derecho es mucho más sutil por dos características en particular. En primer lugar, el convencionalismo sostiene que el Derecho depende de convenciones sociales denominadas convenciones jurídicas. Estas convenciones señalan cuáles son las instituciones facultadas para crear el Derecho y bajo qué procedimientos. Por ejemplo, en Estados Unidos se establece por convención que el Derecho está conformado por las leyes sancionadas por el Congreso o por las legislaturas estatales en la forma prescrita en la Constitución. De esta manera, el convencionalismo entiende que la práctica jurídica consiste en respetar y hacer cumplir estas convenciones, y, por ende, las reglas que la conforman²⁹³.

En segundo lugar, el convencionalismo especifica que, sin perjuicio de lo anterior, no siempre existe una ley que justifique la aplicación de la coacción o la decisión en un litigio. Por consiguiente, las leyes del convencionalismo carecen de plenitud, ya que constantemente surgen nuevas situaciones que aún no han sido resueltas por las instituciones que tienen la competencia para regularlas. De este modo, los convencionalistas agregan que en estas hipótesis (de casos difíciles), los jueces deben resolver, no sobre la base directa de decisiones colectivas del pasado, sino recurriendo a la discrecionalidad judicial. A su vez, nada obsta para que el convencionalismo pueda convertir a las nuevas decisiones –fruto de la discrecionalidad– en derechos o convenciones jurídicas para el futuro²⁹⁴.

Las citadas características del convencionalismo pueden presentarse, en opinión de DWORKIN, como dos tesis o exigencias postinterpretativas: una positiva y otra negativa. La primera, positiva, señala que los jueces deben respetar las convenciones jurídicas establecidas en su comunidad, esto es, deben obedecer y aplicar las leyes y no crear unas nuevas en su lugar. La segunda, negativa, indica que frente a situaciones en que no

presuposición de que el propósito u objetivo del Derecho y de las prácticas jurídicas es justificar la coerción, ciertamente no es ni nunca ha sido [su] posición sostener que el Derecho tenga tal propósito u objetivo». Cfr. HART, Herbert, «Postscriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, trad. de M. Holguín, estudio preliminar de C. Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997, pp. 103-104.

²⁹² Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 77.

²⁹³ Cfr. *Ídem*, p. 90.

²⁹⁴ Cfr. *Ídem*, p. 91.

exista ningún tipo de ley, los jueces deben ejercitar el poder discrecional para usar normas extralegales que diriman la controversia jurídica²⁹⁵.

Para el convencionalismo, en consecuencia, y dando respuesta a las preguntas planteadas, las decisiones políticas del pasado justifican la coacción o la aplicación de sanciones. Estas decisiones se conocen a través de hechos simples: convenciones jurídicas conocidas por todos sin necesidad de efectuar juicios de moralidad política²⁹⁶. El sentido de aplicar las sanciones bajo este esquema se explica por la importancia que asigna a las virtudes de seguridad jurídica y equidad procesal. Luego, el convencionalismo considera que los derechos y responsabilidades que se reconocen provienen de decisiones del pasado si están explícitamente en ellas, o bien pueden hacerse explícitos a través de métodos que la práctica jurídica acepta de manera convencional como es el caso de la discrecionalidad judicial²⁹⁷.

Por su parte, el pragmatismo es una concepción que adopta una actitud escéptica en el sentido que niega de forma categórica que las decisiones políticas del pasado puedan justificar la coacción estatal. Por el contrario, encuentra esta justificación en la justicia, la eficiencia, o en cualquier otra virtud contingente de la decisión coercitiva misma. De esta manera, el pragmatismo señala que la vinculación con cualquier decisión legislativa o judicial del pasado no sustenta ni garantiza la justicia, utilidad o eficiencia de cualquier decisión actual.

A juicio de DWORKIN, el pragmatismo carece de punto de referencia ya que no estipula cuáles de las distintas perspectivas de una buena comunidad son seguras, deseables y beneficiosas. Es, por lo tanto, una concepción que alienta a los jueces para que actúen y decidan según sus propios puntos de vista, según sus propias convicciones en torno a la justicia, utilidad o eficiencia. Con este proceder el pragmatismo supone que servirá de mejor manera a la comunidad, contribuyendo a su justicia y felicidad, más que cualquier otro programa alternativo que exija coherencia con decisiones legislativas y judiciales adoptadas en el pasado²⁹⁸.

²⁹⁵ Cfr. *Ídem*, pp. 91-92.

²⁹⁶ Este rasgo específico del convencionalismo DWORKIN lo denomina el ideal de las «expectativas protegidas». El que las decisiones del pasado se conozcan a través de hechos accesibles a todos, permite que todos, en consecuencia, estén advertidos con anterioridad del uso de la coacción. Cfr. *Ídem*, p. 92.

²⁹⁷ Cfr. *Ídem*, p. 77.

²⁹⁸ Cfr. *Ídem*, p. 115.

A diferencia del convencionalismo, los jueces del pragmatismo inventan nuevas reglas para el futuro según sus propias convicciones acerca de lo que es mejor para la sociedad, libres de cualquier Derecho que derive de convenciones jurídicas presupuestas. Asimismo, los jueces del pragmatismo disponen de absoluta libertad para cambiar las reglas cuando crean que otras reglas serían más justas o útiles que las que están actualmente en vigor. En este sentido, DWORKIN considera que la mejor estrategia para alcanzar un equilibrio más eficiente entre seguridad (predicción) y flexibilidad es el pragmatismo²⁹⁹, concepción que, a su juicio, es la más consistente entre las dos³⁰⁰.

Ahora bien, la preferencia del pragmatismo en desmedro del convencionalismo en ningún caso significa su aprobación por parte de DWORKIN. Por el contrario, en su opinión, ninguna de estas dos concepciones interpretativas del Derecho lograrían explicar y justificar satisfactoriamente en qué consiste la práctica jurídica. Para DWORKIN, su concepción interpretativa, denominada Derecho como integridad, sería la única que, tomando todo en cuenta, podría ofrecer la mejor interpretación respecto de lo que hacen (y deberían hacer) los participantes de la práctica jurídica y, entre ellos, los jueces en particular.

3.2.2. La concepción interpretativa dworkiniana

El Derecho como integridad postula que la práctica jurídica debe ser interpretada de acuerdo a un conjunto coherente de principios que permitan justificar los derechos y deberes que tienen los miembros de una comunidad y, consecuentemente, el uso de la coacción estatal. De esta manera, para la concepción interpretativa de DWORKIN la fuente de los derechos y responsabilidades en un sistema jurídico radica, antes que en decisiones colectivas del pasado o en proyecciones de decisiones futuras, en principios de moralidad que articulan y justifican las decisiones del presente. Esta concepción, en su opinión, permite presentar el concepto de Derecho en su mejor versión o significado, bajo su luz o aproximación más favorable, en oposición al convencionalismo y pragmatismo.

La noción clave de la concepción interpretativa de DWORKIN es la idea de integridad. Sin la comprensión de este elemento, y sus implicancias, no es posible entender el planteamiento de la concepción que sustenta.

²⁹⁹ Cfr. *Ídem*, pp. 112-113.

³⁰⁰ Cfr. *Ídem*, p. 77.

3.2.2.1. *La integridad como virtud política*

La integridad es considerada por DWORKIN como una virtud política. Esta virtud o ideal permite requerir al Estado para que actúe sobre la base de unos principios coherentes y únicos, identificados por el autor como los ideales de equidad, justicia y debido proceso³⁰¹. Lo anterior importa, a su vez, una personificación del Estado o comunidad política. La integridad presupone que la comunidad en su totalidad se verá comprometida con los principios de equidad, justicia y debido proceso en una forma análoga a la que las personas pueden comprometerse con convicciones, ideales o proyectos. Así, DWORKIN establece un símil entre la integridad como ideal político y la integridad como virtud personal: una persona es moralmente íntegra cuando actúa conforme a principios. Por tanto, el modelo dworkiniano exige la observación y cumplimiento de pautas de corrección a la comunidad como un todo, independientemente que sus miembros o ciudadanos, individualmente considerados, manifiesten desacuerdos sobre las exigencias específicas de esas pautas o directrices, o defiendan unas distintas³⁰².

DWORKIN agrega que la personificación de la comunidad no es una simple referencia para identificar a un determinado grupo o colectivo, sino una descripción seria para considerar a la comunidad política como un tipo especial de entidad diferente de las personas que la integran, en otras palabras, para considerarla como un verdadero agente moral³⁰³. Asimismo, recalca que la atribución de esta dimensión moral es una

³⁰¹ Los ideales de equidad, justicia y debido proceso constituyen para DWORKIN las virtudes básicas de toda política. La *equidad* (en política) significa disponer de los procedimientos adecuados para elegir a los gobernantes y hacer que éstos sean responsables de sus decisiones públicas. Por ejemplo, el derecho de sufragio de cada ciudadano es una expresión concreta de este ideal de equidad. A su vez, la *justicia* se preocupa del contenido o sustancia de las decisiones que deben adoptar las instituciones políticas. Conforme a este ideal, los legisladores y funcionarios de la administración deben distribuir los recursos y proteger las libertades civiles, de manera que el resultado de estas decisiones pueda ser defendible desde un punto de vista moral. Así, la equidad se refiere al procedimiento y la justicia a los resultados, dimensiones que no siempre confluyen: pueden haber decisiones justas con procedimientos inicuos, como pueden existir decisiones injustas conforme a procedimientos equitativos. Por último, el *debido proceso* dice relación con los procedimientos institucionalizados que deben observarse para determinar si un ciudadano es responsable de haber infringido el Derecho. En otras palabras, representa el respeto por el principio de juridicidad. Con todo, conviene señalar que el mismo DWORKIN advierte que estas categorías son arbitrarias, por lo que bien pueden ser encontrados en la filosofía política con otras denominaciones o descripciones. Cfr. *Ídem*, pp. 123-124.

³⁰² DWORKIN especifica que los principios que rigen a la comunidad no se identifican con una moralidad social o convencional, esto es, con «las creencias y convicciones de la mayoría de sus ciudadanos». Cfr. *Ídem*, p. 126.

³⁰³ Cfr. *Ibidem*.

personificación y no un hallazgo o descubrimiento, toda vez que reconoce que la comunidad no posee una existencia metafísica independiente³⁰⁴.

La virtud política de la integridad sólo puede tener cabida o desarrollarse en un modelo de comunidad que DWORKIN denomina «modelo de principio»³⁰⁵. En este modelo de asociación o tipo de comunidad, sus miembros aceptan que sus derechos y deberes no están contenidos o expresados en decisiones anteriores adoptadas por sus instituciones políticas, sino que, en una forma más general, dependen del esquema de principios que esas decisiones presuponen y hacen cumplir. En consecuencia, para el modelo de principio las personas podrán ser consideradas miembros de una genuina comunidad política en la medida que acepten que sean gobernadas por principios comunes y no sólo por reglas establecidas en virtud de un compromiso político³⁰⁶.

A juicio de DWORKIN, el modelo de principio satisface las condiciones de una verdadera comunidad, mejor que cualquier otro modelo de comunidad posible dentro de una sociedad pluralista, donde sus miembros bien pueden disentir respecto de las exigencias específicas de la justicia o equidad para un caso particular, pero no respecto del esquema abstracto de principios que rigen dicha comunidad³⁰⁷.

De la misma manera, cabe señalar que la virtud política de la integridad se manifiesta en dos principios distintos pero que guardan una estrecha relación: el principio de integridad en la legislación y el principio de integridad en la adjudicación. El principio de integridad en la legislación exige a los legisladores que las reglas que incorporen en el sistema o las reformas legislativas que adopten, deben ser coherentes con el conjunto de principios (morales) que guían y sustentan la comunidad política³⁰⁸. A su vez, el principio de integridad en la adjudicación exige a los jueces que, en su

³⁰⁴ Cfr. *Ídem*, p. 128.

³⁰⁵ Modelo de comunidad que se opone al modelo *de facto* y al modelo de reglamento. El modelo *de facto* sostiene que los miembros de una comunidad consideran su asociación como un accidente circunstancial de la historia o geografía del lugar, y no como una verdadera comunidad asociativa. Por su parte, el modelo de reglamento supone que los miembros de una comunidad política aceptan un compromiso general de obedecer reglas establecidas por determinadas instituciones, característica que lo vincula conceptualmente al convencionalismo. Cfr. *Ídem*, pp. 153-154.

³⁰⁶ Cfr. *Ídem*, p. 155.

³⁰⁷ Este modelo de asociación política o comunidad, a su vez, adoptaría de la retórica francesa el ideal político de la fraternidad. Cfr. *Ídem*, p. 140.

³⁰⁸ Esta forma de coherencia en la legislación, en la que las reglas responden a principios que las fundamentan, DWORKIN la denomina «coherencia de principio». Este modelo lo contrapone a la «coherencia de estrategia», en cuya virtud el legislador debe procurar que las nuevas reglas que adopta se ajusten lo suficiente a las reglas establecidas por legisladores precedentes, sin reparar en consideraciones axiológicas. Cfr. *Ídem*, pp. 102-103.

labor jurisdiccional, resuelvan los casos interpretando el Derecho vigente a partir del conjunto coherente de principios (morales) que permitan justificar los derechos y deberes de los miembros de esa comunidad³⁰⁹.

El Derecho como integridad se erige sobre la base del principio de integridad en la adjudicación. Para DWORKIN, este principio constituye el marco de referencia para la elaboración de la mejor interpretación de la práctica jurídica y, en particular, de la forma en que los jueces deciden los casos difíciles.

3.2.2.2. *La integridad en el Derecho*

El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces para que identifiquen los derechos y deberes jurídicos de los miembros de una comunidad, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor –la comunidad personificada–, que actúa y decide en función de una estructura coherente de principios³¹⁰. DWORKIN entiende que esta instrucción a la judicatura es una directriz que se relaciona con los fundamentos mismos de la práctica jurídica, toda vez que permite determinar, en definitiva, qué exige o en qué consiste el Derecho. En este contexto, el Derecho como integridad postula que las proposiciones de derecho son verdaderas si surgen como consecuencia de dicha estructura coherente de principios, compuesta, como sabemos, por los principios de justicia, equidad y debido proceso. A su vez, a partir de esta estructura coherente de principios se podrá configurar la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de una comunidad política³¹¹.

Para el Derecho como integridad las proposiciones de derecho no se conciben como informes objetivos regresivos, como en el caso del convencionalismo, ni como programas instrumentales progresivos, como en el caso del pragmatismo. Para el Derecho como integridad las proposiciones de derecho son juicios interpretativos. En

³⁰⁹ Cfr. *Ídem*, p. 125.

³¹⁰ A juicio de HART, esta característica representa el principal logro de la filosofía jurídica de DWORKIN: «haber demostrado cómo gran parte de los sistemas jurídicos ingleses y americanos se pueden analizar fructíferamente como si cada uno de estos sistemas fuera el resultado de un único autor coherente y consistente, preocupado por llevar a cabo en el Derecho una específica moralidad política singularmente liberal, en el sentido de que trata a todos los individuos como moralmente legitimados para una igual consideración, [teniendo en cuenta] a los derechos básicos individuales como elementos prioritarios sobre los valores colectivos». Véase DE PÁRAMO, Juan, «Entrevista a H.L.A. HART», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 346-347.

³¹¹ Cfr. *Ídem*, p. 164.

consecuencia, combinan elementos progresivos y regresivos, e interpretan la práctica jurídica contemporánea como una narrativa política en desarrollo³¹².

En opinión de DWORKIN, el Derecho como integridad es una concepción genuinamente más interpretativa en comparación al convencionalismo o al pragmatismo. Señala que los modelos que presentan estas concepciones no son, en estricto rigor, modelos de interpretación. Son modelos que no exigen a los jueces que deben decidir casos –sobre todo, difíciles– que realicen un estudio esencialmente interpretativo de la práctica jurídica. En efecto, el convencionalismo exige a los jueces que estudien los informes oficiales o los registros parlamentarios para descubrir qué decisiones han adoptado las instituciones convencionalmente reconocidas con competencia legislativa. De esta forma, para resolver un caso el convencionalismo mira hacia atrás, adoptando un modelo regresivo en un nivel de reconstrucción fundamentalmente semántico. Por su parte, el pragmatismo exige a los jueces que piensen en forma instrumental acerca de las mejores reglas para el futuro. Con ello, para resolver un caso el pragmatismo mira hacia adelante, adoptando un modelo progresivo en un nivel de construcción que puede tener consideraciones económicas, políticas o morales, pero siempre en un plano contingente y concreto, disociado de un esquema general³¹³.

El Derecho como integridad es planteado por DWORKIN como el producto y, a la vez, la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica jurídica. El modelo que ofrece a los jueces es de carácter interpretativo³¹⁴. El Derecho como integridad exige a los jueces que interpreten los materiales jurídicos existentes conforme a una estructura coherente de principios presentes en una comunidad política. Por tanto, para resolver un caso el Derecho como integridad mira hacia atrás y se proyecta hacia el futuro bajo un esquema de interpretación constructiva, en la que los propósitos y valores que dan sentido a la práctica jurídica –estructura coherente de principios– son determinantes para hacer de ésta la mejor versión posible. De esta manera, el conjunto de principios que guía la interpretación en la adjudicación tiene primacía por sobre un eventual contenido explícito de las reglas y actúa, al resolver los casos concretos, bajo

³¹² Cfr. *Ibidem*.

³¹³ Cfr. *Ídem*, pp. 164-165.

³¹⁴ Cfr. *Ídem*, p. 165.

un esquema de coherencia y sistematicidad, abordando la práctica jurídica como un todo.

La concepción del Derecho como integridad no es tanto una realidad sino un enfoque de la realidad³¹⁵. Es un enfoque o propuesta teórica que pretende orientar la práctica jurídica, fundamentalmente la de la judicatura. Vincula, en consecuencia, la filosofía del Derecho y la adjudicación. A través de esta concepción DWORKIN intenta explicar, organizar y, sobre todo, justificar en qué consiste el Derecho de una comunidad, conforme a criterios de moralidad política. Su idea es presentar el Derecho en su mejor versión, concibiéndolo como una historia narrativa que se nutre y acrecienta por la serie de prácticas interpretativas que tienen lugar al dirimirse los conflictos de relevancia jurídica. Para DWORKIN estas prácticas bien pueden ser vistas como eslabones sucesivos de una cadena: la cadena del Derecho.

3.3. La novela en cadena

3.3.1. *El Derecho como obra colectiva*

Una de las razones fundamentales que esgrimimos para acudir a la filosofía jurídica de DWORKIN como base teórica de la presente investigación, dice relación con su enfoque del Derecho como práctica argumentativa³¹⁶. Este enfoque, cabe recordar, se inscribe en el marco de una visión o aproximación del fenómeno jurídico que entiende el Derecho como una práctica o actividad compleja, antes que un conjunto –pétreo– de enunciados, procedimientos e instituciones. Para el enfoque del Derecho como argumentación, el sistema jurídico no se identifica restrictivamente con un conjunto de reglas, comportamientos o juicios de valor, sino que se vincula, de modo principal, con una tarea o empresa que está en permanente elaboración y desarrollo. En esta tarea o empresa, además, los operadores del Derecho se sienten comprometidos con su labor, razón por la cual participan activamente en ella tanto para posibilitar la construcción del edificio jurídico como para mejorar el entorno y contexto en el que se erige.

DWORKIN adhiere a estos planteamientos señalando expresamente que el Derecho, en cuanto fenómeno social argumentativo, consiste en la mejor justificación de las prácticas jurídicas vistas en su conjunto, como un todo articulado y coherente. Esta articulación se materializa a través del proceso de interpretación constructiva, por medio

³¹⁵ Cfr. CALSAMIGIA, Albert, «El concepto de integridad en Dworkin», *op. cit.*, p. 168.

³¹⁶ Véase *supra*, Cap. III, § 2.2.1, pp. 68-70.

del cual es posible presentar a las prácticas jurídicas en su mejor versión. Esto requiere, según hemos analizado, que el intérprete atribuya un propósito a la práctica que se interpreta para hacer de ésta el mejor ejemplo posible del género al que se considera que pertenece. Así, la interacción entre el propósito asignado o atribuido y el objeto interpretado es un requisito *sine qua non* de la interpretación constructiva. En este sentido, por tanto, la participación del intérprete se torna primordial en la elaboración de la historia narrativa que reúne las versiones más logradas de las prácticas jurídicas³¹⁷.

La historia narrativa a la que alude DWORKIN da cuenta de la empresa intelectual que representa el Derecho y su constante devenir. En esta historia, la función de los jueces puede ser comparada con el trabajo de los críticos literarios quienes desglosan e interpretan las distintas dimensiones de valor de una obra o poema complejo. Pero DWORKIN agrega que los jueces, al igual que los críticos, pueden ser autores con lo cual propicia una suerte de dualidad de funciones intérprete-creador, crítico-autor o lector-novelistas. Por ejemplo, un juez que decide un caso sobre discriminación en recintos públicos aumenta la tradición o práctica que interpreta, en particular, respecto de la forma de entender la cláusula de igualdad prevista en la Constitución. Luego, los futuros jueces que deben pronunciarse en casos análogos, confrontan la nueva tradición o práctica con lo que aquel juez ha decidido e interpretado. En el caso de los jueces, señala DWORKIN, su contribución puede ser incluso más directa que la de los críticos literarios respecto de las tradiciones del arte en las que se desenvuelven. La razón: en el ejercicio de la función jurisdiccional la distinción entre autor e intérprete puede ser vista como una diferenciación entre distintos aspectos o roles de un mismo proceso³¹⁸.

Sobre la base de estos presupuestos, DWORKIN señala que se puede establecer una comparación aún más fructífera entre la literatura y el Derecho al construir un género artificial que denomina la «novela en cadena»³¹⁹. En este proyecto, precisa, un grupo de novelistas debe escribir una novela en serie, aportando cada uno de ellos un capítulo a la

³¹⁷ En el prefacio de *El imperio de la justicia*, DWORKIN afirma abiertamente que este libro establece de manera pormenorizada la respuesta que ha estado elaborando durante años, a saber, que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva y que el Derecho representa la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, consiste, por tanto, «*en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser*» (las cursivas son nuestras). Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 11.

³¹⁸ Cfr. *Ídem*, pp. 166-167.

³¹⁹ Recordemos que esta metáfora fue presentada por DWORKIN en su artículo *Law as Interpretation* [1982], el cual se incorporó en la segunda parte de su obra *A Matter of Principle* [1985]. La referencia a la novela en cadena reaparece, con escasas modificaciones, en el capítulo 7 de *Law's Empire* [1986] sobre la Integridad en el Derecho. Véase *supra*, Cap. III, § 3.1.1, p. 79, notas 259-260.

obra. Para estos efectos, cada novelista de la cadena o serie debe interpretar los capítulos que ha recibido de los novelistas precedentes para poder escribir uno nuevo, el que, a su vez, se agregará a la novela y será entregado al siguiente novelista junto a los demás capítulos, y así sucesivamente³²⁰.

Cada novelista tiene la tarea o labor de escribir su capítulo para «construir la novela de la mejor manera posible»³²¹. DWORKIN es consciente que tal vez, en los hechos, se trate de una tarea imposible, pero le interesa sobremanera que cada uno de los novelistas de la cadena sea capaz de comprender lo que se le pide hacer, que tenga claridad sobre su rol y el sentido de la tarea encomendada³²². En este contexto, se solicita a los novelistas que en la obra colectiva que representa la novela asuman una doble responsabilidad: la de interpretar y la de crear³²³. Para llevar a cabo esta dualidad de funciones de intérprete-creador, crítico-autor o lector-novelistas, cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha escrito antes para determinar, en una dimensión interpretativa, en qué consiste la novela creada hasta ese momento y, por tanto, cuál es el propósito que la orienta.

Lo anterior requiere un juicio de parte de cada novelista, lo que implica disponer de una visión de la novela respecto de su eje central, sus argumentos, las características de sus personajes, las motivaciones que los impulsan y las figuras o recursos literarios que emplea la obra, entre otras apreciaciones, con el objetivo de decidir qué se debe escribir

³²⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 167. Cabe precisar que en las explicaciones de *Una cuestión de principios*, DWORKIN presenta la génesis de la novela en cadena como un proyecto donde se contratan a los novelistas y se organizan sus intervenciones mediante un sorteo. Concretamente, señala: «[s]upongamos que un grupo de novelistas es contratado para un proyecto colectivo en el que se decide por sorteo qué parte le tocará escribir a cada uno. El que saca el número más bajo escribe el primer capítulo de una novela, que él o ella enviará al poseedor del siguiente número, quien agregará un capítulo, sabiendo que agrega un capítulo a la novela convenida y que no está empezando una nueva; luego el segundo escritor envía los dos capítulos al siguiente, y así sucesivamente». Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 205. DWORKIN no mantuvo esta explicación en *El imperio de la justicia*, a nuestro juicio, afortunadamente, toda vez que la idea de un sorteo supone que el trabajo recae en un grupo finito de novelistas y, por tanto, acotado en el tiempo, y la idea de una contratación para el sólo efecto de escribir una novela desvirtúa el carácter de la función pública que deben ejercer los novelistas de esta obra.

³²¹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 167. La búsqueda de la mejor novela posible se funda literariamente en lo que DWORKIN denomina la «hipótesis estética». A través de esta hipótesis, la interpretación de una obra literaria debe intentar mostrar «qué forma de leer (o decir o dirigir o actuar) el texto la revela como la mejor obra de arte». De lo que se trata es comprender «el sentido o el significado de la totalidad de la obra, más que el de una frase en particular». En virtud de la hipótesis estética, agrega, «[l]a interpretación de un texto procura mostrar que esa es la mejor obra de arte que puede ser, y el pronombre busca destacar la diferencia entre explicar una obra de arte y convertirla en otra distinta». Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 195.

³²² Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 303, nota 1 del Cap. 7; y *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 207.

³²³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 205.

a continuación, como nuevo capítulo de esa novela y no como una pieza literaria de una novela nueva o distinta³²⁴. Desde luego, la finalidad de esta empresa intelectual es crear una sola novela a partir del material que ha recibido cada novelista y lo que cada uno agregue. Es por ello fundamental que los novelistas asuman esta responsabilidad de continuidad con la mayor seriedad a fin de crear en conjunto una sola novela que sea, al mismo tiempo, la mejor novela posible. Por consiguiente, la novela se construirá como la obra de un solo autor –unificada y singular– y no como el «producto de varias manos diferentes»³²⁵ o «una serie de relatos independientes con personajes con el mismo nombre»³²⁶.

DWORKIN plantea que decidir casos difíciles en el ámbito del Derecho se parece mucho a esta particular metáfora literaria. En su opinión, la semejanza resulta evidente, por ejemplo, cuando en un conflicto jurídico no existe una norma legal que dirima con claridad el litigio. En esta situación el juez deberá determinar qué normas o principios jurídicos subyacen u orientan las decisiones que adoptaron otros jueces en el pasado en casos análogos. DWORKIN señala que en los referidos casos el juez debe trabajar como un novelista de la novela en cadena propuesta. Debe leer todo lo que escribieron antes otros jueces, no sólo para descubrir qué dijeron, sino para formarse una opinión sobre «qué hicieron colectivamente esos jueces», de la misma manera como cada uno de los novelistas se forma un juicio o una opinión sobre la novela colectiva escrita hasta el momento en que la recibe³²⁷.

Ante un nuevo caso que se le presenta, más si es difícil, el juez debe pensar y concebir su labor como parte integrante de una compleja empresa en cadena cuya historia narrativa está compuesta por numerosas prácticas, tradiciones, razonamientos y decisiones precedentes, plasmadas en sentencias judiciales³²⁸. Su trabajo consistirá no sólo en resolver dicho caso o conflicto jurídico, sino, más relevante aún, en prolongar

³²⁴ Cfr. *Ídem*, pp. 206-207. DWORKIN agrega en *El imperio de la justicia* que si el novelista es un buen crítico, «su opinión acerca de estas cuestiones será complicada y multifacética, porque el valor de una novela decente no puede capturarse desde una sola perspectiva. Tratará de hallar capas y corrientes de significado en lugar de un solo tema exhaustivo». DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 167.

³²⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 167.

³²⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 207.

³²⁷ Cfr. *Ibidem*.

³²⁸ Sentencias judiciales que habrán sido pronunciadas, acota DWORKIN, en décadas o siglos precedentes por «otros jueces con diferentes estilos y filosofías judiciales y políticas, en periodos con diferentes ortodoxias acerca de los procedimientos y las convenciones judiciales». Cfr. *Ibidem*.

esa historia hacia el futuro, en proyectar la novela a través de su decisión del caso concreto.

El juez, señala DWORKIN, debe interpretar lo que ocurrió antes. Debe determinar en qué consistieron las decisiones adoptadas, cuáles fueron sus fundamentos, cuál es, en definitiva, la mejor lectura de la cadena de decisiones precedentes. Esta exigencia de interpretación se explica porque el juez, acto seguido, tiene la responsabilidad de proseguir dentro de la empresa en la que participa, a fin de hacerla avanzar, y no apartarse de ella emprendiendo una dirección propia, disociada e independiente³²⁹. Dicho de otro modo, la construcción de la novela en cadena y, particularmente, la interpretación de las prácticas y decisiones judiciales que representan los sucesivos eslabones en la misma, debe estar orientada bajo presupuestos de continuidad y coherencia narrativa, en función de los parámetros de la concepción interpretativa del Derecho como integridad.

3.3.2. Dimensiones de concordancia y justificación de la novela

Una interpretación plausible de la práctica judicial en el marco de la novela en cadena debe observar, necesariamente, dos dimensiones: una dimensión de concordancia o ajuste y una dimensión de justificación o valoración. Estas dimensiones son presentadas por DWORKIN como pruebas o filtros que debe sortear la novela para resguardar su valor, bajo lineamientos de continuidad y coherencia narrativa³³⁰.

En primer lugar, la dimensión de concordancia busca que la interpretación se ajuste o sea adecuada a la práctica que se interpreta. Es una dimensión en la que priman las consideraciones formales o juicios textuales de la novela³³¹. La interpretación, por tanto, debe presentar una adecuación con el material jurídico previamente identificado por el intérprete³³². En este sentido, la dimensión de concordancia o ajuste establece límites a

³²⁹ Cfr. *Ídem*, pp. 207-208.

³³⁰ Cabe precisar que la «coherencia narrativa» en DWORKIN es distinta de la «coherencia narrativa» propuesta por MACCORMICK. La primera se refiere a la congruencia de la trama argumentativa e interpretativa de la novela. La segunda, a su turno, es uno de los requisitos de la justificación de segundo nivel de las decisiones judiciales (o justificación externa). Específicamente, proporciona un test en relación con «cuestiones de hecho» cuando no existe una prueba directa sobre los antecedentes fácticos del caso. Véase MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning...*, *op. cit.*, pp. 152-194.

³³¹ Cfr. *Ídem*, p. 208.

³³² Sobre esta exigencia de adecuación, DWORKIN puntualiza que no existe «ningún algoritmo para decidir si una interpretación dada se adecua lo suficiente a los antecedentes (o materiales jurídicos) de modo tal que no se la descarte. Cuando una norma, una Constitución o cualquier documento legal es parte de la teoría del Derecho, el significado del hablante es relevante. Pero la elección de cuál es el apropiado entre varios sentidos distintos de la intención del hablante o del legislador no puede

las facultades de interpretación del novelista. Éste no puede adoptar cualquier interpretación, sino que debe elegir aquella interpretación que pueda fluir a través del texto y que posea algún poder explicativo general. Así las cosas, DWORKIN plantea que la interpretación será defectuosa si deja sin explicación algún aspecto estructural y relevante del texto, un argumento secundario que tenga incidencia dramática o una metáfora reiterada³³³.

La segunda dimensión, por su parte, tiene por finalidad explicitar el propósito o valor de la práctica interpretada³³⁴. En virtud de la dimensión de justificación o valoración el novelista debe juzgar cuál de las posibles interpretaciones es la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo, tomando todo en cuenta³³⁵, vale decir, cuál es la mejor justificación de la práctica desde el punto de vista del Derecho como integridad. En esta segunda dimensión prevalecen las consideraciones sustantivas o juicios estéticos de la novela. En consecuencia, se llevará a cabo una evaluación sobre las ideas que ésta posee desde el prisma de sus fundamentos, propósitos, importancia, perspicacia y estilo, entre otros parámetros sustantivos. A través de la dimensión de justificación, el novelista debe determinar de qué manera la práctica jurídica objeto de su interpretación puede desarrollar al máximo los valores que la orientan y le confieren sentido, de forma tal que se convierta en la mejor práctica posible entre las interpretaciones en juego.

Al ser observadas y respetadas estas dimensiones³³⁶, DWORKIN cree que no es posible trazar una distinción bien marcada entre la etapa en la que un novelista interpreta el texto que ha recibido y la etapa en la cual agrega su propio capítulo, guiado por la interpretación que ha elegido. De esta manera, se va elaborando la novela en cadena *como si* fuera efectivamente la obra de un solo autor. A su vez, estas dimensiones o exigencias de la interpretación dejan de manifiesto que el novelista carece de libertad creativa en su proceso interpretativo. Sobre este aspecto, bien sabemos que DWORKIN concibe la interpretación jurídica como una interpretación de tipo creativa o constructiva, lo que en ningún caso significa que abogue por la ausencia de parámetros u orientaciones hermenéuticas. Por el contrario, entiende que el deber de

remitirse a la intención de nadie, sino que debe decidirse (sea quien fuere que esté a cargo de tomar esa decisión) como un asunto de teoría política». Cfr. *Ídem*, p. 209.

³³³ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 167-168.

³³⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 208.

³³⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 168.

³³⁶ Las cuales forman parte, a su vez, de las etapas interpretativa (dimensión de concordancia) y postinterpretativa o reformadora (dimensión de justificación), de acuerdo a las fases de la interpretación constructiva ya expuestas. Véase *supra*, Cap. III, § 3.1.4, pp. 85-86.

un juez es interpretar los materiales o antecedentes jurídicos que encuentra, pero «no inventar una interpretación mejor»³³⁷. Así, las orientaciones u opciones interpretativas disponibles para el juez estarán determinadas, antes que todo, por la historia narrativa de la novela y, en consecuencia, por la serie de decisiones judiciales o capítulos que le antecedieron. En palabras de DWORKIN, la novela no le otorga al juez-novelistista una autorización o licencia para que busque en el historial de la teoría del Derecho lo que él estime que debería encontrar³³⁸.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el juez interpreta en el marco de una tradición, sobre la base de determinados paradigmas asentados en la cultura jurídica en la que se desenvuelve. El conjunto de decisiones y prácticas jurídicas de una comunidad configuran la tradición que guía la labor interpretativa de los jueces. Es por esta razón que DWORKIN considera que un juez que decide un caso aumenta la tradición que interpreta, tradición que, a su vez, es confrontada por los sucesivos jueces que deben pronunciarse en casos similares. De esta forma, los jueces piensan y operan dentro de una tradición interpretativa que no pueden ignorar³³⁹.

Ahora bien, la exigencia de continuidad y de coherencia de la novela –inserta inexorablemente en una tradición– no obsta a que el intérprete puede adoptar una nueva dirección argumentativa si logra explicar y justificar el «error» del razonamiento judicial que considera incorrecto. Sobre el particular, DWORKIN sostiene expresamente que «cualquier concepción útil de la interpretación debe contener una doctrina del error, como también debe tenerla la teoría de la interpretación de cualquiera de los autores de la novela en cadena»³⁴⁰. Esta nueva dirección argumentativa en caso alguno significará transformar la novela en una obra distinta, sino en otorgar un nuevo enfoque o perspectiva sobre un aspecto específico dentro de una narrativa consolidada.

³³⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 209.

³³⁸ Cfr. *Ibidem*.

³³⁹ Véase *supra*, Cap. III, § 3.1.2, p. 81, nota 270.

³⁴⁰ Estos errores pueden estar en ocasiones explicitados en el razonamiento judicial bajo el esquema: «Que en los casos *A vs. B* y *C vs. D*, se pueda haber sostenido lo contrario, a nuestro entender, se debe a que las decisiones no fueron correctas y no es necesario seguirlas aquí». DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 209. La doctrina del error de la teoría dworkiniana guarda una estrecha relación con la regla de la carga de la argumentación de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY. En efecto, el autor alemán señala que «es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo, se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias». En esta situación aparece como requisito básico la exigencia del respeto a los precedentes, pero admitiéndose que «quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación», vale decir, que la decisión puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 262-265.

3.3.3. *La falacia de la «verdadera novela»*

Entendiendo que la novela es una obra colectiva fruto de un proceso de interpretación constructiva, DWORKIN es muy crítico respecto de quienes consideran que pueden reescribir la «verdadera novela». A su juicio, quienes creen que pueden obtener o hallar la novela de otra forma que no sea por un proceso de interpretación, es que no sólo han «malinterpretado el proyecto de la novela en cadena sino que también la naturaleza de la literatura y la crítica»³⁴¹ y, con ello, cabe añadir, la noción del Derecho como integridad.

Para DWORKIN, la lección más importante que enseña la «fantasía de la novela en cadena» es el «sabio juicio de que ninguna interpretación podría ser ganada y defendida mejor que cualquier otro reclamo interpretativo»³⁴², con lo cual deja de manifiesto que el Derecho, en tanto proceso discursivo en permanente construcción en función de ejercicios argumentativos e interpretativos, se sitúa en el ámbito del razonamiento práctico. El razonamiento jurídico, en consecuencia, no puede pretender demostrar empíricamente –a través de sus argumentos– teorías o la verdad sobre algo. Por el contrario, su propósito es justificar la adopción de determinadas decisiones, acciones o comportamientos. Como ya hemos señalado, DWORKIN considera que en el ejercicio de este razonamiento jurídico el juez puede obtener la respuesta o justificación correcta de cada caso.

Dicho esto, cabe puntualizar que en el prefacio de *El imperio de la justicia*, DWORKIN procura despejar las dudas sobre este aspecto tan controvertido de su pensamiento jurídico. Defiende su postura que en los casos más difíciles «la razón y la imaginación deben buscar las respuestas correctas», y aclara que nunca ha pretendido que una respuesta podía resultar correcta para la satisfacción de todos. Eso no era, bajo ningún respecto, a lo que hacía mención. A lo que hace referencia DWORKIN es a la posibilidad cierta de arribar a una decisión que represente la mejor versión de la práctica jurídica que se interpreta, y no una demostración empírica de su existencia o veracidad. Sobre el particular, añade de forma concluyente que «el hecho de que tengamos razón para pensar que una respuesta es correcta es diferente del hecho de poder demostrar que es correcta». La tesis de la respuesta correcta es, en su opinión, una controversia sobre

³⁴¹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 172.

³⁴² Cfr. *Ibidem*.

moralidad –en el marco del razonamiento práctico– y no sobre metafísica, como algunos críticos intentaron sugerir³⁴³.

Que el problema de la respuesta correcta sea una discusión sobre moralidad –mas no sobre «la moral»–, significa que la decisión del juez encarna y materializa una determinada filosofía del Derecho. Esta filosofía o metalenguaje del lenguaje dogmático y legal entregará la justificación última de la sentencia judicial, cuestión que resulta particularmente patente en los casos de afectación o colisión de derechos fundamentales. La filosofía dworkiniana, por consiguiente, no pretende ofrecer una explicación y justificación neutral de la práctica jurídica o aséptica desde un prisma moral y político³⁴⁴. Por el contrario, su concepción del Derecho como integridad se sustenta en una estructura coherente de principios que obedece a ciertos parámetros de moralidad política.

Al no ser neutral la filosofía del Derecho que orienta la decisión de un juez, sus respuestas en los casos en que debe pronunciarse no podrían ser catalogadas de verdaderas o unívocas respecto de todas las concepciones del Derecho existentes. Lo que sí es plausible, y es a lo que alude DWORKIN, es que puedan ser consideradas como respuestas correctas en el sentido que representan la mejor versión posible de la práctica interpretada en el marco de una determinada concepción del Derecho.

La tesis de la respuesta correcta es, para concluir, una tesis que aboga por la elaboración de la mejor respuesta –conforme a una teoría sustantiva de moralidad política– y no de una respuesta axiomática o evidente por sí misma. Así las cosas, no es dable plantear la existencia de novelas verdaderas o falsas sino de novelas mejor logradas y escritas que otras.

³⁴³ Cfr. *Ídem*, p. 12. Sobre las críticas que se han formulado a la tesis de la única respuesta correcta o de la «unidad de [la] solución justa», véase PRIETO, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 119-127.

³⁴⁴ Respecto del papel de la filosofía política en la interpretación, DWORKIN señala expresamente que es posible encontrar opiniones claramente liberales, radicales o conservadoras no sólo acerca de cómo deberían ser la Constitución y las leyes, sino también sobre cómo son. Agrega que la interpretación de la cláusula sobre la igualdad de protección de la Constitución de los EE.UU. ofrece ejemplos muy ilustrativos al respecto, manifestando que «no puede haber una interpretación útil de lo que esa cláusula significa que sea independiente de alguna teoría sobre qué es la igualdad política y hasta qué punto la exige la justicia». A su juicio, «la historia del Derecho constitucional en los últimos cincuenta años es, en gran medida, una exploración de estas cuestiones de moralidad política». Cfr. DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, op. cit., p. 214. Sobre la relación ineludible entre filosofía política y Derecho, véase especialmente el capítulo IX (titulado «Rawls y el Derecho») de su obra *La justicia con toga* [2006], trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 263-284.

CAPÍTULO IV

LA NOVELA EN CADENA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. PREFACIO

La filosofía jurídica de DWORKIN es una elaboración intelectual que nos permite comprender la complejidad del Derecho y de su práctica, desde parámetros racionales, sistemáticos y holísticos. A este respecto, el propio autor destaca la importancia que las abstracciones o teorías del Derecho tienen para poder interpretar la estructura y el funcionamiento de la práctica jurídica. La particularidad de su enfoque es que entiende que las teorías son interpretaciones constructivas que procuran presentar la práctica del Derecho en su mejor aspecto. De este modo, a su juicio, es posible lograr un equilibrio entre la práctica jurídica tal como los teóricos la observan y la mejor justificación de dicha práctica³⁴⁵.

En el pensamiento de DWORKIN, resulta difícil establecer una línea o demarcación férrea que pueda dividir a la teoría del Derecho del proceso de adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Es más, de acuerdo a su visión, la práctica jurídica requiere o reclama una filosofía del Derecho que la sustente e instruya. En consecuencia, lo fundamental para la teoría jurídica dworkiniana no es tanto explicar el Derecho en una dimensión descriptiva, sino guiar su *praxis* en una dimensión prescriptiva. Desde este prisma, cabe recordar, el Derecho que «es» puede y requiere ser orientado y justificado por el Derecho que «debe ser»³⁴⁶.

La novela en cadena es un claro ejemplo de lo anterior. Es una abstracción teórica que intenta mostrar la práctica judicial en su mejor versión o aspecto. El mismo DWORKIN caracteriza la novela en cadena como una fantasía o ficción³⁴⁷. Su idea, acorde a su enfoque del Derecho como integridad, es aportar un modelo justificatorio que permita a los participantes de la actividad jurisdiccional respaldar la consistencia y coherencia de sus decisiones. No se limita a ser una descripción de la realidad jurídica tal y como es, sino que pretende entregar una prescripción de la práctica judicial tal y

³⁴⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 74.

³⁴⁶ Véase *supra*, Cap. III, § 2.2.4, p. 76.

³⁴⁷ Véase *supra*, Cap. III, § 3.3.3, p. 103.

como debería ser. La novela en cadena pertenece a la teoría del Derecho que procura ser la parte general de la adjudicación, en palabras de DWORKIN, «el prólogo silencioso» de cualquier decisión jurídica³⁴⁸.

Dicho esto, creemos que es posible considerar a los jueces de la Corte IDH y de las jurisdicciones domésticas *como si*³⁴⁹ fueran novelistas que participan en la construcción de una sola obra o novela. El género de la obra es la narrativa jurisprudencial y la trama argumentativa la tutela de los derechos fundamentales. En honor a DWORKIN, gestor intelectual de la obra, podríamos titular la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*³⁵⁰. Cabe advertir que no es una especie de obra de homenaje, donde cada juez-novelistas escribe su ensayo particular sin saber quiénes más participarán, ni menos el contenido de los demás aportes. No es el caso. La novela en cadena, por el contrario, exige que los jueces-novelistas escriban su capítulo y trabajen en la novela como si fuera la obra de un solo autor. Es un esfuerzo colectivo de envergadura mayor que busca construir la mejor novela posible, a saber, la que contenga y desarrolle la prosa argumentativa que más aporte en la tutela de los derechos fundamentales en la región.

Pensamos que la metáfora de la novela en cadena, así como la teoría jurídica que la respalda, son perfectamente extrapolables a las prácticas judiciales de la Corte Interamericana y de los jueces internos, en particular, de aquellos que deben efectuar el control de convencionalidad. Al igual que DWORKIN, entendemos que el Derecho es un fenómeno argumentativo en constante evolución y reelaboración, sobre todo a través de la función jurisdiccional de cortes o tribunales que deben pronunciarse sobre la vulneración o afectación de derechos fundamentales. Sin perjuicio del avance y consolidación de los procesos de positivación e internacionalización de los derechos, materializados en textos constitucionales y tratados³⁵¹, el sentido y alcance de éstos para

³⁴⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 74.

³⁴⁹ Uno de los principales autores que plantea la filosofía del *como si* (*Als Ob*) es Hans Vaihinger, quien analiza las «ficciones reguladoras» de la obra de Nietzsche con el fin de aplicar esta categoría en el desarrollo del conocimiento. Al respecto, véase, RODRÍGUEZ, M^a del Carmen, «Nietzsche y Borges: metáfora, conocimiento y ficción», en *Daimon. Revista de Filosofía*, suplemento 1, Universidad de Murcia, 2007, pp. 149-155.

³⁵⁰ O bien, simplemente titularla *Los derechos en serio en Latinoamérica*, ya que, a la fecha, el sistema interamericano de derechos humanos no cuenta con los novelistas de Canadá y EE.UU.

³⁵¹ Sobre los procesos de positivación e internacionalización de los derechos fundamentales, complementados por los procesos de generalización y especificación, véase PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 154-199.

el caso particular o la determinación de la primacía de uno por sobre otro en una colisión o conflicto de derechos, seguirá siendo una tarea que inevitablemente deberá resolverse en sede judicial.

El presente capítulo tiene por finalidad proponer una fundamentación teórica del control judicial de convencionalidad desde el enfoque argumentativo de la filosofía jurídica de Ronald DWORKIN y, en particular, desde su metáfora de la actividad judicial como una novela en cadena. Con este objetivo, en la siguiente sección abordaremos las características de la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*. En primer lugar, nos referiremos a los eslabones dialécticos de la obra e identificaremos a los novelistas legitimados para participar en ella. En segundo lugar, señalaremos los presupuestos axiológicos que respaldan y orientan la novela. En tercer lugar, explicaremos las características de la actitud interpretativa que han de adoptar los novelistas y las dimensiones de coherencia narrativa que deben observar los capítulos de la obra. En cuarto y último lugar, responderemos la interrogante sobre quién debe ser el editor de la novela, revisando la doctrina del intérprete final de la Convención Americana y el sentido que para la obra tiene la tesis de la única respuesta correcta. Para concluir, en el párrafo de cierre del capítulo plantearemos algunas reflexiones finales a modo de epílogo.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA NOVELA «LOS DERECHOS EN SERIO EN EL SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO»

2.1. Eslabones dialécticos y novelistas de la obra

Los pronunciamientos jurisdiccionales de los jueces-novelistas configuran los capítulos de *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*. Representan los eslabones de la cadena argumentativa de esta novela que, como se ha señalado, tiene por finalidad la garantía y tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención.

En este contexto, consideramos que a través del control judicial de convencionalidad los jueces nacionales pueden escribir capítulos de particular relevancia en esta obra colectiva. En efecto, al realizar el examen de confrontación normativa entre las disposiciones de sus ordenamientos internos y las normas de la Convención Americana, estos jueces pueden aportar razonamientos jurídicos que

signifiquen estándares de protección cada vez más exigentes y sofisticados en relación a pronunciamientos jurisdiccionales o capítulos precedentes. De ser así, cada vez que se practique el control de convencionalidad, los jueces nacionales construirán eslabones dialécticos que permitirán incrementar y proyectar la novela hacia el futuro. Sabiendo que en el marco de la dialéctica jurisprudencial el control de convencionalidad constituye una fase o etapa que da inicio a un proceso dialéctico o continúa uno que se ha incoado³⁵², resulta más factible visualizar la importancia de su rol en la elaboración de la obra *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*. De esta manera, es dable afirmar que el control de convencionalidad representa una práctica judicial idónea para contribuir en la tarea intelectual que la novela en cadena demanda.

Para llevar a cabo esta empresa, es indispensable que los jueces lean los capítulos que se han escrito para saber en qué consiste la novela y, sobre todo, para comprender cuál es el propósito que la orienta. En particular, los jueces que tienen a su cargo el control de convencionalidad deben leer los capítulos escritos por la Corte IDH en relación a las disposiciones de la Convención que han de utilizarse en el examen de compatibilidad constitutivo del control. Al escribir su capítulo, podrán seguir estrictamente la línea narrativa y argumentativa ya trazada por la Corte, o bien añadir nuevos argumentos a la novela con la finalidad de escribir la mejor versión posible. Desde luego, como ya ha sido señalado a propósito de la dialéctica jurisprudencial interamericana, no existen impedimentos jurídicos para que los jueces nacionales desarrollen lecturas interpretativas que controviertan la jurisprudencia de la Corte, profundicen sus razonamientos o, incluso, se refieran a un aspecto que no haya sido abordado por el Tribunal regional y, por ende, por la trama argumentativa de la novela.

Con todo, cabe precisar que los jueces nacionales deben escribir sus capítulos sin perder de vista que la finalidad de esta empresa intelectual es crear una sola obra. Ésta se configura y concatena a partir de los capítulos que reciben los jueces-novelistas y los que posteriormente ellos aportan en un proceso dialéctico permanente. Bajo este prisma, los capítulos de *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* deben ser escritos como partes integrantes de una sola novela y no como piezas literarias disociadas entre sí o constitutivas de una nueva obra. Para estos efectos, resulta determinante que los jueces-novelistas asuman su labor jurisdiccional sintiéndose

³⁵² Véase *supra*, Cap. II, § 4.2, p. 61.

partícipes de una narrativa común inserta en un contexto compartido, como es el sistema interamericano de derechos humanos. Esta narrativa, además, requiere del uso de un mismo lenguaje por parte de los jueces-novelistas, el cual debe estar sustentado y articulado en función de la protección de los derechos y libertades en la región.

El enfoque y esquema metodológico descrito, facilita la comprensión del trabajo jurisdiccional en el ámbito interamericano. De la misma forma, favorece y promueve la coherencia discursiva de los jueces-novelistas, coherencia que debe estar cimentada en presupuestos de reciprocidad, deferencia y paridad de los participantes³⁵³. La construcción de una obra colectiva, como la propuesta, requiere dejar atrás la lógica de la autarquía jurídica amparada en atávicas visiones de la soberanía estatal. *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* es una novela que exige un proceso de construcción y de elaboración permanente, por lo que, desde un punto de vista material, no tiene un punto de término.

Al estar vinculada a un constante ejercicio dialéctico, no puede finalizar simplemente con una decisión de la Corte IDH o con una modificación legal o constitucional en los ordenamientos internos. Una decisión judicial o una modificación normativa pueden representar el fin de un capítulo, pero en ningún caso el término de la respectiva obra. Si aceptamos que el Derecho es un fenómeno argumentativo e interpretativo, no podemos, en consecuencia, establecer un hito de finalización de la novela. Ésta siempre estará abierta y en constante elaboración por los jueces-novelistas del sistema interamericano, con lo cual tendrá el privilegio de compartir con las obras literarias y artísticas clásicas el rasgo de ser «eternamente vigente».

La novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* se podrá estructurar en tantos volúmenes como Estados partes tiene el sistema interamericano³⁵⁴, o bien en razón de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la

³⁵³ Desde este prisma, es posible contrarrestar las dudas y aprensiones en torno a una eventual «fragmentación jurisprudencial» originada por una aplicación abusiva del control judicial de convencionalidad. Al respecto, véase *supra*, Cap. I, § 3.1.2, p. 27.

³⁵⁴ En la actualidad, los Estados que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Cabe agregar que los Estados de Trinidad y Tobago y Venezuela se han retirado del sistema interamericano entrando en vigor sus denuncias de la Convención Americana en 1999 y 2013, respectivamente.

Convención Americana³⁵⁵. Cada volumen o tomo albergará los capítulos escritos por los jueces-novelistas, sean éstos los jueces de la Corte IDH o los jueces nacionales. En el caso de los jueces domésticos, los novelistas serán principalmente los que tengan a su cargo la justicia constitucional, quienes, a su vez, son los más indicados para efectuar el examen de convencionalidad. A este respecto, conviene precisar que en el contexto latinoamericano esta función jurisdiccional puede ser ejercida por Tribunales o Cortes Constitucionales³⁵⁶, Cortes Supremas³⁵⁷, Salas especializadas dentro del máximo tribunal³⁵⁸ o tribunales ordinarios³⁵⁹. Lo relevante es que independientemente del tipo de justicia constitucional que se ejerza –concentrada o difusa– y de los recursos procesales que existan a nivel interno para garantizar derechos fundamentales, los jueces nacionales deben sentirse involucrados en la construcción de esta obra colectiva.

Por su parte, los jueces-novelistas de la Corte Interamericana, al escribir sus capítulos, no sólo deben asumir la responsabilidad primigenia de guiar la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sino que deben adoptar una actitud de apertura y receptividad argumentativa respecto de los pronunciamientos internos. En efecto, en la elaboración de la novela es necesario que la Corte regional incorpore en su jurisprudencia aquellos aportes interpretativos que logren robustecer la narrativa de la obra, aun cuando esto signifique superar argumentos desarrollados por la propia Corte en sentencias pretéritas. Asimismo, nada obsta a que el Tribunal regional controvierta las decisiones de los jueces domésticos reformulándolas en una nueva versión interpretativa. Esta versión, a su vez, representa un nuevo capítulo de la novela que debe ser leído e interpretado por los siguientes jueces-novelistas en el marco del proceso dialéctico interamericano.

³⁵⁵ La Convención Americana consagra los siguientes derechos fundamentales: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); derecho a la vida (art. 4); derecho a la integridad personal (art. 5); prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); derecho a la libertad personal (art. 7); garantías judiciales (art. 8); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); derecho a la indemnización por error judicial (art. 10); protección a la honra y de la dignidad (art. 11); libertad de conciencia y de religión (art. 12); libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); derecho de rectificación o respuesta (art. 14); derecho de reunión (art. 15); libertad de asociación (art. 16); protección a la familia (art. 17); derecho al nombre (art. 18); derechos del niño (art. 19); derecho a la nacionalidad (art. 20); derecho a la propiedad privada (art. 21); derecho de circulación y de residencia (art. 22); derechos políticos (art. 23); igualdad ante la ley (art. 24); protección judicial (art. 25) y desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26).

³⁵⁶ V. gr., Tribunales Constitucionales de Chile, Perú y Bolivia, y Corte Constitucional de Colombia.

³⁵⁷ V. gr., Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Corte Suprema de Justicia de Uruguay, Suprema Corte de Justicia de México y Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

³⁵⁸ V., gr., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

³⁵⁹ V. gr., en Brasil coexiste un modelo difuso de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción ordinaria, con un modelo concentrado ejercido por el Supremo Tribunal Federal.

Para que lo anterior sea posible, es esencial que la Corte IDH reconozca a los jueces nacionales como novelistas legitimados o «dignos de participar» en la elaboración de la novela. Si para la articulación de la dialéctica jurisprudencial afirmábamos que la Corte regional debe aceptar que los jueces internos «tienen algo que decir» en la interpretación de los derechos señalados en la Convención, ahora, en la configuración de la novela en cadena, entendemos que la Corte debe aceptar que los jueces nacionales «tienen algo (o mucho) que escribir» en la obra *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*.

2.2. Presupuestos axiológicos de la novela

La concepción del Derecho como integridad postula que la práctica jurídica debe ser interpretada de acuerdo a un conjunto coherente de principios de moralidad política. Estos principios, recordemos, corresponden a los ideales de equidad, justicia y debido proceso³⁶⁰. En el ámbito de la adjudicación, la integridad exige a los jueces que ejerzan su función jurisdiccional sobre la base de esta estructura de pautas y directrices morales. De esta manera, los novelistas de la filosofía jurídica dworkiniana deben escribir sus capítulos conforme a dimensiones sustantivas que dan sentido a la narrativa que interpretan y extienden de forma continua.

La novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* tiene por finalidad estructurar una narrativa que proteja y garantice los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Esta narrativa requiere, además de un catálogo que identifique los derechos fundamentales objeto de tutela, presupuestos axiológicos que orienten su interpretación y, por ende, su contenido. Así, los jueces-novelistas deberán desarrollar su labor a partir de los valores que guiarán la trama argumentativa de la novela. Estos valores, a su vez, permitirán fomentar y reforzar el «clima cultural», el «sentido de comunidad» o el «contexto compartido» que se requiere del conjunto de Estados latinoamericanos para consolidar una narrativa común en torno al lenguaje de los derechos.

En este marco, consideramos que la novela en cadena interamericana debe erigirse sobre la base de dos valores clave para la región: la dignidad y la democracia. Estos valores o cimientos axiológicos, además, presentan una vinculación insoslayable que robustece la coherencia argumentativa e interpretativa de la obra. Ahora bien, siendo la

³⁶⁰ Véase *supra*, Cap. III, § 3.2.2.1, p. 92, nota 301.

dignidad y la democracia conceptos interpretativos, resulta indispensable señalar las concepciones que, según nuestro parecer, deben proporcionarles sus respectivos contenidos.

2.2.1. La dignidad como valor fundamental de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

La dignidad debe representar la premisa axiológica basal de la narrativa interamericana de la cual se deriven los valores de libertad e igualdad, así como la noción sustantiva de democracia. Constituye, a nuestro juicio, el mejor sustrato conceptual para dar soporte y contenido a los derechos de la región y, por consiguiente, a la trama argumentativa de la novela³⁶¹. Desde este enfoque, y acudiendo a los lúcidos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, consideramos que el valor de la dignidad comprende tres ámbitos o dimensiones de los individuos: en primer lugar, es una barrera de defensa física y moral frente al daño de terceros; en segundo lugar, se vincula con la satisfacción de necesidades básicas de existencia y, por último, es una manifestación de la libertad y autonomía moral de las personas para desarrollar sus planes de vida³⁶².

La primera dimensión es un requisito básico de todo ordenamiento y se plasma normativamente en la Convención Americana en el derecho a la integridad personal. Este derecho comprende el respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, y la prohibición de la tortura y de la aplicación de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁶³. Esta dimensión de la dignidad se traduce en la

³⁶¹ En la filosofía de DWORKIN, cabe recordar, el valor o principio fundamental de la comunidad política es la igualdad. Este valor está presente en la estructura de principios de moralidad política, particularmente sirviendo como fundamento y contenido del principio de justicia. Véase *supra*, Cap. III, § 2.2.3, p. 73, nota 241. En esta línea, DWORKIN entiende que un gobierno legítimo debe adherir a dos principios elementales que derivan de la igualdad: en primer lugar, «debe mostrar igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las reclama jurisdicción». Y, en segundo lugar, «debe respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso», esto es, alcanzar una vida digna. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos* [2011], trad. de H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 16. En nuestra concepción, la dignidad es el valor cardinal del que se desprende la idea de igualdad.

³⁶² Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Ávila Ríos y otros, y Campo Vega contra Electrocosta S.A. E.S.P.*, Acción de Tutela T-881-02, de 17 de octubre de 2002, párr. 17.

³⁶³ Aristas contenidas, respectivamente, en los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Convención Americana. Cabe precisar que el derecho a la vida forma parte de esta dimensión de la dignidad pero, a diferencia del derecho a la integridad personal, es un derecho que no tiene un carácter absoluto. Así lo confirma la propia Convención al señalar en su artículo 4.1 que «[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente», con lo cual deja de manifiesto que bajo determinados presupuestos puede disponerse del derecho a la vida. En este sentido, los párrafos 2 a 6 del mismo artículo establecen las exigencias y condiciones de la aplicación de la pena de muerte. A lo anterior, podemos agregar como

intangibilidad del cuerpo y del espíritu, esto es, en la imposibilidad de transgredir o vulnerar los bienes inmateriales de las personas constituidos por la integridad física y moral de éstas, presupuestos elementales para la realización de sus respectivos proyectos de vida³⁶⁴.

La segunda dimensión de la dignidad se refiere a la satisfacción de necesidades básicas, lo que permite asegurar condiciones mínimas para el desarrollo de una vida digna. Son condiciones materiales indispensables sin las cuales la dignidad de la condición humana sería una quimera. Estas condiciones materiales de existencia dicen relación con la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y servicios que permitan a todo ser humano participar en la comunidad, bajo una lógica de inclusión y con la posibilidad cierta de desarrollar un papel activo en la sociedad. No se trata de un ámbito de la dignidad estipulado por un cierto bienestar abstracto, sino de una concepción de la dignidad que incluye el reconocimiento de la dimensión social y específica del individuo y que, por lo tanto, incorpora la promoción de las condiciones que facilitan su real incardinación en la sociedad³⁶⁵. Esta vertiente de la dignidad se relaciona directamente con la satisfacción de los derechos sociales, los cuales, a su vez, son precondiciones para el ejercicio real de las demás libertades³⁶⁶.

Por su parte, la tercera dimensión del valor de la dignidad se vincula con la facultad de las personas para diseñar y adoptar los cursos de acción de sus conductas, conforme a sus legítimos intereses y siempre que no irroguen un daño a terceros o infrinjan el ordenamiento jurídico. Se materializa en la idea de autonomía individual y, por ende, en la posibilidad de las personas de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa decisión. La dignidad así entendida, permite a los individuos ejercer la libertad de elección de sus planes de vida en el marco de las condiciones sociales en la que éstos se desarrollen³⁶⁷. En este sentido, consideramos que la libertad de elección que deriva de la

ejemplo del carácter no absoluto del derecho a la vida, la regulación en las legislaciones de la región de la causal eximente de responsabilidad penal de la legítima defensa.

³⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Ávila Ríos y otros...*, cit., párr. 29.

³⁶⁵ Cfr. *Ibidem*.

³⁶⁶ Sobre esta característica de los derechos sociales, SALAZAR destaca que si bien todos promueven bienes valiosos (v. gr., el trabajo, la salud, etc.), dos de ellos tienen un valor adicional: el derecho a la subsistencia (a tener una vida digna) y el derecho a la educación. El autor identifica a estos derechos como «precondiciones para el ejercicio de las libertades fundamentales y, por lo tanto, de la democracia». Cfr. SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 158.

³⁶⁷ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *Ávila Ríos y otros...*, cit., párr. 29.

autonomía moral de las personas, constituye la base para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad³⁶⁸.

Las manifestaciones de la dignidad descritas permiten la realización integral del valor de la libertad bajo presupuestos de igualdad para todos los individuos. Por cierto, sin el respeto básico de la integridad física y moral de las personas, y sin la satisfacción de condiciones mínimas de subsistencia, las libertades –o derechos civiles y políticos en sentido amplio– no tendrían asidero ni posibilidad real de ejercicio, con lo cual mal podrían concebirse o concretarse los proyectos de vida de los diversos miembros de la comunidad. Asimismo, esta articulación conjunta y armónica de los conceptos de libertad e igualdad a partir del valor fundamental de la dignidad, permitiría comprender de mejor manera la idea de la comunicabilidad e interdependencia de los derechos que debiese guiar a los capítulos de la novela interamericana.

Junto a lo anterior, cabe señalar que el valor de la dignidad plasmada en las dimensiones que hemos especificado cobra especial relevancia en América Latina. En efecto, el respeto por la integridad física y moral, la cobertura de necesidades básicas de vida y el resguardo del libre desarrollo de la personalidad de todas las personas, son materias prioritarias en una región marcada por crímenes y abusos de regímenes autocráticos, una desigualdad social obscena y la imposición de patrones morales que han coartado la legítima autonomía de los individuos en la determinación de sus opciones y planes de vida. Los jueces-novelistas de *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* no sólo deben estar conscientes de esta realidad, sino que deben orientar su actividad jurisdiccional para contribuir a que en los países de la región se consolide un escenario de respeto irrestricto de la dignidad –en sus tres vertientes o dimensiones–, en tanto valor principal de la novela.

³⁶⁸ A diferencia de lo que plantea PECES-BARBA, para quien «[l]a libertad de elección es condición de la libertad moral, y la libertad moral [es la] meta de la libertad de elección». Desde su perspectiva, la libertad de elección es el punto de partida y la libertad o autonomía moral el punto de llegada. Así, las personas tienen libertad moral en la medida que dispongan de libertad de elección. En la teoría de PECES-BARBA el valor primario es la libertad, del cual se deriva la dignidad. Acorde a la concepción que defendemos, los elementos se presentan de forma inversa: la libertad moral es la base o fundamento de la libertad de elección. Elegimos libremente nuestros planes de vida porque contamos, *ex ante*, con la autonomía o libertad moral para hacerlo. En otras palabras, la libertad de elección de nuestros planes de vida se funda en el valor de la dignidad en su acepción o dimensión de autonomía moral. Véase PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 228-232.

2.2.2. El modelo de democracia sustancial como valor

La tutela de la dignidad y de los valores de libertad e igualdad que derivan de esta premisa axiológica basal de la novela, sólo puede tener cabida en el contexto institucional de un Estado democrático. En otras palabras, resulta impracticable el respeto y la garantía de las dimensiones de la dignidad y, por lo tanto, del conjunto de los derechos y libertades consagrados en la región, en un régimen de gobierno desprovisto de frenos y contrapesos en el ejercicio de su poder. En este sentido, coincidimos con los planteamientos de HÄBERLE para quien «la dignidad es una *premisa* antropológica-cultural, cuya *consecuencia* organizativa es la democracia»³⁶⁹. Dignidad y democracia son conceptos o valores que en el marco de un Estado constitucional presentan una vinculación necesaria e ineludible. Por una parte, la dignidad requiere de la democracia para su plena realización y, por otra, la democracia se legitima en la medida que respete la dignidad de todos los ciudadanos.

Lo dicho podría ser resumido de acuerdo a la siguiente sentencia: sin democracia no hay dignidad posible, y sin dignidad no es posible hablar de democracia. Este nexo de interdependencia conceptual y operativa entre los citados valores deja de manifiesto la dimensión sustancial que ha adquirido la idea de democracia. A partir de la consolidación del Estado constitucional de Derecho³⁷⁰ o del llamado «paradigma constitucionalista»³⁷¹, la democracia no sólo hace alusión al *quién* y al *cómo* de las decisiones («democracia política o formal»), sino que se refiere –de modo principal– al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría («democracia sustancial»)³⁷². Así, junto a las normas de competencia y procedimentales necesarias en un ordenamiento para la elaboración de normas jurídicas, se incorporan

³⁶⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, op. cit., p. 193.

³⁷⁰ Véase *supra*, Cap. III, § 2.1, p. 66, nota 221.

³⁷¹ De acuerdo a ATIENZA, una de las tesis centrales de los autores que comparten el paradigma constitucionalista –entre los que destaca a DWORKIN, MACCORMICK, ALEXY, RAZ, NINO y FERRAJOLI–, es «el entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales». Cfr. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, op. cit., p. 55. Véase *supra*, Cap. III, § 2.1, p. 67, nota 222.

³⁷² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil* [1999], 5ª ed., trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 23. Del mismo autor, véase *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* [2007], trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 414-415 y 872-874. En la taxonomía propuesta por DWORKIN, la democracia sustancial se vincula con la «democracia asociativa» la que se caracteriza por proteger los derechos individuales a la justicia y a la libertad, muchas veces amenazados por la misma democracia. Esta concepción se contrapone al modelo de «democracia mayoritarista o estadística», el cual sostiene que la ciudadanía se autogobierna cuando el poder político fundamental está en manos de la mayor cantidad, y no de algún grupo más pequeño dentro de ese número. Cfr. DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, op. cit., pp. 19 y 460-484.

normas constitucionales que cautelan y orientan los contenidos de dicha producción normativa. Estas cláusulas constitucionales son los derechos fundamentales, los cuales representan vínculos sustanciales o materiales oponibles a la democracia política y, en particular, a los poderes públicos³⁷³.

De esta manera, la democracia del Estado constitucional cuenta con vínculos o límites negativos y vínculos o límites positivos. Los primeros se refieren a los derechos de libertad que ninguna mayoría puede interferir o vulnerar. Los segundos, a su vez, se plasman en los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. En palabras de Luigi FERRAJOLI estos derechos forman la «esfera de lo indecible que» y de lo «indecible que no», respectivamente. Son derechos que deben ser garantizados para todas las personas, por lo que su tutela debe sustraerse de la disponibilidad de la política y del mercado. Actúan como requisitos insustituibles o precondiciones de legitimación de la democracia y, por lo tanto, de las decisiones que en ella se adopten³⁷⁴.

Los vínculos o límites sustantivos de la democracia, debemos agregar, no sólo provienen de los textos constitucionales de los respectivos ordenamientos internos, sino que, además, de las obligaciones que los Estados soberanos han asumido al suscribir y ratificar tratados o convenciones internacionales sobre derechos fundamentales. En consecuencia, en el marco de la democracia del paradigma constitucional podemos advertir la configuración de un bloque o conjunto de normas sustanciales –de fuentes nacionales e internacionales– que representa una suerte de «coto vedado»³⁷⁵ para el ejercicio de los poderes públicos, a fin de que éstos no transgredan los derechos y libertades de las personas sometidas a su jurisdicción³⁷⁶.

Esta concepción de la democracia, cimentada en la «esfera de lo indecible» o el «coto vedado» que constituyen los derechos fundamentales para el ejercicio del poder estatal, ha sido recogida expresamente por la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, cabe recordar que el órgano jurisdiccional interamericano sostuvo en el caso *Gelman versus Uruguay* –a propósito de la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión

³⁷³ El paradigma constitucionalista permite el redescubrimiento del significado de «Constitución» conforme a los presupuestos liberales consagrados en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta disposición señala: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». Cfr. *Ídem*, p. 67.

³⁷⁴ Cfr. *Ídem*, pp. 23-24.

³⁷⁵ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Representación y democracia», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 6, 1989, p. 157.

³⁷⁶ Sobre la noción de «bloque de constitucionalidad», véase *infra*, Cap. IV, § 2.3.2.1, pp. 123-127.

Punitiva del Estado—, que el hecho que una ley «haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho internacional»³⁷⁷. En este contexto, agregó que la legitimación democrática de los actos y decisiones que se adopten en una sociedad están limitados por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que «la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un *límite infranqueable a la regla de mayorías*, es decir, a la esfera de lo “*susceptible de ser decidido*” por parte de las mayorías en instancias democráticas»³⁷⁸.

A nuestro juicio, la concepción de democracia sustancial es la concepción que puede otorgar la mejor protección y garantía de los valores de dignidad, libertad e igualdad en el marco de un Estado constitucional. Del mismo modo, sin premisas o exigencias de fondo, materializadas en el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales, un régimen de gobierno no podría ser considerado un genuino régimen democrático³⁷⁹.

La novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* se erige sobre estos presupuestos sustantivos. Es una obra que busca garantizar los derechos y libertades de los individuos, teniendo plena conciencia que esta labor de tutela repercute favorablemente en la consolidación de las democracias de América Latina. Los jueces-novelistas deben escribir sus capítulos sabiendo que las decisiones de las mayorías no pueden comprometer bajo ningún respecto los valores que rigen una comunidad

³⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, cit., párr. 238. No está de más reiterar que la Ley de Caducidad se aprobó en 1986 bajo un gobierno democrático, con el fin de evitar que fueran investigados los delitos cometidos por funcionarios militares y policiales en el régimen de facto que lo precedió. La decisión de su anulación se sometió a referéndum en 2009, propuesta que no alcanzó la mayoría ciudadana requerida. Véase *supra*, Cap. I, § 2.2.1.2, p. 14, notas 36-37.

³⁷⁸ Cfr. *Ídem*, párr. 239. Las cursivas son nuestras.

³⁷⁹ Con todo, cabe precisar que los derechos fundamentales son una condición necesaria pero no suficiente para la democracia. Junto a su respeto y garantía, un régimen democrático de un Estado constitucional debe observar los principios de soberanía popular, separación de poderes, responsabilidad del gobierno, legalidad de la administración, independencia judicial, justicia constitucional, pluralidad de los partidos políticos, elecciones periódicas y alternancia pacífica en el ejercicio del poder, entre los más relevantes. Al respecto, véase KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado* [1975], trad. de E. Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 139-142 y 313-320.

política³⁸⁰. Sobre este punto, conviene aclarar que la novela no pretende ni encubre el propósito de convertir a los jueces de la región en «los señores del Derecho»³⁸¹. Desde luego, su narrativa no trata de impedir o mermar la deliberación pública ni el legítimo disenso del juego democrático, sino de resguardar el respeto de las reglas sustantivas y condiciones básicas de dicho juego.

De esta manera, la novela interamericana es una obra que se sustenta y a la vez contribuye en el robustecimiento de la democracia. A través de este enfoque, asimismo, resulta más fácil comprender y justificar una de las principales finalidades del control judicial de convencionalidad en la región, a saber: evitar que las normas jurídicas adoptadas por las mayorías conculquen los derechos reconocidos en la Convención Americana y, con ello, los vínculos o límites sustantivos de la democracia constitucional.

2.3. Sobre la interpretación y la coherencia narrativa de la novela

El Derecho en la filosofía jurídica de DWORKIN es una práctica o actividad compleja que adquiere sentido y fisonomía en razón de su dimensión justificativa. En particular, a través del proceso interpretativo la narrativa que representa el Derecho se va configurando y perfeccionando en un constante devenir, con la finalidad de presentar la versión más lograda de los razonamientos que la conforman. El Derecho es, por lo tanto, una empresa intelectual que requiere de la interpretación para su existencia y funcionamiento. Constituye una historia narrativa que se hace «real y viva»³⁸² en virtud del sentido que el intérprete le atribuye a las reglas y piezas jurídicas sometidas a su consideración en el caso concreto.

³⁸⁰ Estos valores deben ser la expresión de una «ética de mínimos» y no de máximos. Así, la dignidad y la democracia sustancial deben constituir las exigencias axiológicas básicas en las sociedades latinoamericanas. Siguiendo los planteamientos de Adela CORTINA, consideramos que en virtud de estos valores se puede consolidar una «ética cívica transnacional» entre los Estados de la región. De la misma manera, creemos que la «fenomenización de [esta] moral cívica» no sólo podría manifestarse en documentos, instituciones y pactos internacionales, como sostiene la profesora española, sino que principalmente a través de cada uno de los capítulos de la novela. Cfr. CORTINA, Adela, *Justicia cordial*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 144.

³⁸¹ Ni siquiera ZAGREBELSKY, autor de la expresión, piensa que los jueces deban ser «los señores del Derecho». En su concepto, «los jueces no son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador del siglo [XIX]. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado constitucional [...]». En esta línea, afirma de manera concluyente que «entre Estado constitucional y cualquier “señor del Derecho” hay una radical incompatibilidad», postura que compartimos a cabalidad. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], 10ª ed., trad. de M. Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 153.

³⁸² Véase *supra*, Cap. III, § 2.2.1, p. 69, nota 227.

La novela interamericana representa una narrativa que se construye sucesivamente sobre prácticas interpretativas. Es una historia que renueva su presencia y continuidad cada vez que los jueces-novelistas deban resolver un caso que involucre la vulneración o afectación de los derechos fundamentales tutelados en la región. La decisión de un conflicto jurídico de esta naturaleza es, en la nomenclatura dworkiniana, un «ejercicio de interpretación constructiva». Para que este tipo de interpretación tenga cabida en la novela, es indispensable que los jueces-novelistas adopten una «actitud interpretativa» frente a la práctica jurídica que representa la obra. Asimismo, ésta debe ser capaz de sortear las «dimensiones de concordancia y de justificación» con el propósito de resguardar su valor y, consecuentemente, su coherencia narrativa.

2.3.1. La actitud interpretativa de los jueces-novelistas en el marco de la interpretación constructiva de la obra

Siguiendo los lineamientos hermenéuticos de la interpretación constructiva, entendemos que los jueces-novelistas deben estar en condiciones de atribuir un sentido a los capítulos de la novela interamericana para hacer de ésta el mejor ejemplo posible del género al cual pertenece³⁸³. Así, la debida articulación e interacción entre el propósito asignado por los responsables de la obra y los materiales jurídicos constitutivos de los capítulos de la misma, facilitará la construcción de la mejor versión de la novela.

Para estos efectos, resulta determinante que los jueces nacionales y los de la Corte Interamericana asuman una «actitud interpretativa» hacia los materiales jurídicos que van conformando los capítulos de la novela o práctica jurídica. Sobre el particular, cabe reiterar que la adopción de esta actitud requiere el concurso de dos elementos. Por una parte, la suposición que la práctica tiene un sentido respaldado por determinados valores, los cuales pueden ser formulados independientemente de la descripción de las reglas que conforman la práctica. Por otra parte, la suposición que los comportamientos que exige o autoriza la práctica sean sensibles a su sentido, de manera que las reglas que regulan estos comportamientos deben ser interpretadas y aplicadas en función de dicho sentido³⁸⁴.

La novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* tiene un sentido claro y definido: la protección de los derechos fundamentales en América

³⁸³ Recordemos que el género de la novela es la narrativa jurisprudencial. Véase *supra*, Cap. IV, § 1, p. 106.

³⁸⁴ Véase *supra*, Cap. III, § 3.1.3, pp. 83-84.

Latina. Este sentido está respaldado por dos valores o premisas axiológicas de suma relevancia para la región, a saber, la dignidad y la democracia sustancial. Como hemos podido analizar en acápites precedentes, estos valores disponen de concepciones que le confieren fundamento y contenido, independientemente de la referencia a las disposiciones de la Convención que conforman la novela³⁸⁵. A su vez, las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, así como el deber de adoptar las disposiciones y prácticas de Derecho interno, son particularmente sensibles al sentido de la obra. De esta forma, tenemos que los derechos fundamentales consagrados en el tratado regional y los deberes correlativos de protección, deben ser comprendidos, interpretados y aplicados acorde al sentido de la novela y, en especial, a los valores que la sustentan y orientan.

En consecuencia, los jueces-novelistas cuentan con antecedentes fundados para suponer, por un lado, que existen valores que dan sentido a las reglas del sistema interamericano de derechos humanos y, por otro lado, que los comportamientos que exige o autoriza la Convención Americana son sensibles a dicho sentido. Bajo este razonamiento, es posible colegir que los valores del sistema interamericano y, por ende, de la novela, tienen primacía sobre las disposiciones de la Convención lo que trae consigo una mayor flexibilidad en la aplicación de éstas.

Dicho lo anterior, cabe hacer ciertas prevenciones respecto de la labor interpretativa de los jueces-novelistas. En primer lugar, la atribución de un sentido o propósito a los capítulos de la novela no demanda la indagación de la intención del autor del material jurídico interpretado. Y, en segundo lugar, la adopción de la interpretación constructiva en la elaboración de la novela tampoco implica que el intérprete disponga de libertad absoluta en su actividad jurisdiccional. Las prevenciones referidas pueden ser sintetizadas en la siguiente frase: ni el originalismo ni el pragmatismo tienen cabida en la articulación y concatenación de la novela.

Sobre el primer aspecto, debemos señalar que los propósitos de los capítulos de la novela interamericana no son los pensados por el autor de las disposiciones convencionales, sino los desarrollados por los jueces-novelistas quienes –en el marco de la interpretación constructiva– deben proponer una manera de ver y comprender aquello que están interpretando. De esta forma, los intérpretes de la novela deben centrar su

³⁸⁵ Véase *supra*, Cap. IV, § 2.2, pp. 111-118.

labor en atribuir un sentido a los capítulos que reciben y aportan, y no en intentar descubrir la disposición mental o la dimensión subjetiva de un eventual autor del material jurídico que interpretan. Por consiguiente, la interpretación de la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* es una tarea de construcción mas no de conocimiento de la intención o estado mental de un constituyente o legislador histórico.

En otras palabras, el originalismo no es el método de interpretación idóneo para atribuir significado a las disposiciones jurídicas que conforman los capítulos de la novela interamericana. En una obra de estas características, lo relevante no dice relación con la supuesta intención primigenia u original del autor de las reglas del sistema, sino con el sentido o propósito que la inspira, el cual le permitirá renovar y actualizar sus contenidos de forma permanente, acorde a los valores que la respaldan y al contexto espacio-temporal de sus respectivos capítulos.

Resulta importante destacar que el rechazo del originalismo o intencionalismo en caso alguno significa que la interpretación de la novela derive hacia posiciones antagónicas, aspecto que nos conecta con la segunda prevención. En efecto, los jueces-novelistas en su labor interpretativa no están exentos de restricciones. El que deban atribuir un sentido a los materiales jurídicos sometidos a su consideración no es sinónimo de plena libertad o discrecionalidad interpretativa. Al enfrentarse a sus capítulos, los jueces-novelistas no están autorizados para proceder conforme a sus convicciones personales, creencias o prejuicios. Ante todo, deben interpretar en el marco de los valores que respaldan el propósito de la obra. Deben, por tanto, ejercer su actividad jurisdiccional dentro de una tradición interpretativa que antecede a sus aportes. Esto explica, por ejemplo, por qué cada uno de los jueces-novelistas debe leer íntegramente lo que se ha escrito hasta el momento en que la novela llega a sus manos. Esta lectura global les permitirá saber, en una dimensión interpretativa, en qué consiste la novela, cuál es su trama argumentativa, qué personajes intervienen, cuáles son los recursos literarios que emplea y, sobre todo, cuál es el sentido o propósito que la orienta. A partir de esta visión estructural de la novela, los jueces estarán en condiciones de atribuir significado a los capítulos que escriben y añaden en esta obra colectiva.

De esta forma, los intérpretes de *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* deben proponer una manera de ver sus capítulos bajo su mejor luz de acuerdo a un sentido mayor que guía la obra y a los valores que la justifican. Así las

cosas, a diferencia del pragmatismo, la labor interpretativa de los jueces-novelistas de la novela interamericana dispone de parámetros narrativos y axiológicos de referencia³⁸⁶. La interpretación constructiva (o creativa) de la novela no surge de la inventiva de los responsables de sus capítulos. Éstos deben realizar su actividad teniendo particularmente presente que sus pronunciamientos jurisdiccionales se inscriben en un trabajo conjunto. Con sus decisiones, los jueces-novelistas aportan eslabones que se concatenan y entrelazan con otros eslabones de una misma cadena narrativa. Sus capítulos no son relatos independientes dissociados entre sí, sino que deben ser apreciados como partes integrantes de la obra de un solo autor, en la que subyace una filosofía de los derechos consistente con las disposiciones y obligaciones de la Convención Americana y coherente con los valores de dignidad y democracia sustancial.

Por último, estimamos pertinente hacer notar que sin esta forma de entender la labor hermenéutica en las judicaturas de la región y, en particular, sin la presencia de una actitud interpretativa por parte de los jueces-novelistas, la novela interamericana no podría disponer de continuidad ni de cohesión argumentativa. Por cierto, devendría en una serie de narraciones disgregadas y muchas de ellas inconexas, dejando en evidencia que es el resultado de novelistas y presupuestos tan variados como precarios.

2.3.2. Dimensiones de concordancia y justificación de la novela

En la misma línea de continuidad y coherencia narrativa de la novela, es indispensable que cada capítulo pueda superar, antes de su publicación, las dimensiones de concordancia o ajuste y de justificación o valoración exigidas a la obra. La dimensión de concordancia, recordemos, procura que la interpretación se ajuste a la práctica jurídica que se interpreta. En ella prevalecen consideraciones formales o juicios textuales de la novela. Por lo tanto, busca que la interpretación tenga correlación con el material jurídico que previamente ha identificado el intérprete. La dimensión de valoración, a su turno, pretende explicitar los valores de la práctica interpretada, es decir, busca que se desarrollen al máximo los criterios de moralidad política o valores que respaldan y orientan la práctica jurídica, con el fin de presentarla en su mejor versión. Es una dimensión en la que priman las consideraciones sustantivas o juicios

³⁸⁶ Véase *supra*, Cap. III, § 3.2.1, p. 90.

estéticos de la novela³⁸⁷. Ambas dimensiones deben ser observadas en la construcción de la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*.

2.3.2.1. La dimensión de concordancia y la necesidad de una subteoría (abierta) del objeto interpretado

En la elaboración de los capítulos de la novela interamericana, los jueces-novelistas deben procurar que su interpretación sea concordante con los materiales jurídicos contenidos en la Convención Americana y demás instrumentos sobre derechos humanos que forman parte de la obra. Debe existir, en consecuencia, una correlación fluida entre dichos materiales y los valores que respaldan el sentido de la novela. En este marco, la labor de identificación de los materiales o antecedentes jurídicos que serán objeto del proceso de interpretación constructiva y, por ende, evaluados en la dimensión de ajuste, es una función que debe cumplir el intérprete. A este respecto, la filosofía jurídica de DWORKIN plantea que es necesario que una teoría de la interpretación pueda contener una «subteoría sobre la identidad del objeto que se interpreta», esto es, una subteoría que permita determinar cuáles son las disposiciones que forman parte del Derecho y, por lo tanto, de la práctica jurídica sometida a la labor hermenéutica³⁸⁸.

En nuestro caso, puntualmente, se requiere una subteoría sobre la identidad de los derechos y libertades fundamentales que concurren en el control judicial de convencionalidad, y en los diversos procedimientos de tutela a cargo de los jueces-novelistas de la región. Consideramos que esta precisión teórica es un asunto de particular relevancia ya que el trabajo jurisdiccional de los jueces nacionales y de la Corte Interamericana no se circunscribe a las disposiciones de la Convención, sino que involucra, además, cláusulas y principios constitucionales, así como otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. A nuestro juicio, esta subteoría necesaria para la elaboración de la novela interamericana debiese erigirse sobre la base de un replanteamiento del concepto de «bloque de constitucionalidad».

Tradicionalmente el bloque de constitucionalidad ha sido identificado con disposiciones pertenecientes a un ordenamiento jurídico interno. Así por ejemplo, Louis FAVOREU, autor de referencia sobre esta materia, señala que el referido bloque está integrado por el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se

³⁸⁷ Véase *supra*, Cap. III, § 3.3.2, pp. 100-101.

³⁸⁸ Subteoría que, como ya hemos indicado, DWORKIN enuncia pero no desarrolla en su obra. Véase *supra*, Cap. III, § 3.1.4, p. 85, nota 283.

impone sobre la ley. En el caso francés, este conjunto se compone de elementos principales y secundarios. Los primeros corresponden a la Constitución de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946³⁸⁹. Por su parte, los elementos secundarios o marginales se refieren a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República³⁹⁰. A su vez, FAVOREU sostiene expresamente que entre las normas que no forman parte del bloque de constitucionalidad están los reglamentos de las asambleas parlamentarias, las normas internacionales y los principios generales del Derecho³⁹¹.

Esta postura ha sido avalada en el campo de la filosofía de los derechos. Es el caso, verbigracia, de la teoría jurídica de PECES-BARBA, quien al abordar los rasgos de identificación de los derechos fundamentales señala que éstos, en virtud del proceso de positivación, pasan a ser un «subsistema dentro del sistema jurídico», es decir, un conjunto de normas organizado en un ordenamiento jurídico³⁹². Este subsistema de derechos (o bloque en la visión de la dogmática constitucional) se sitúa en la Constitución y se desarrolla en la ley –orgánica u ordinaria– así como a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo³⁹³. Si bien PECES-BARBA admite la posibilidad de «cauces de apertura» del subsistema jurídico de los derechos fundamentales y entre estos cauces menciona el «ordenamiento internacional»³⁹⁴, lo hace desde una postura dualista y accesorio. Bajo su enfoque, que sigue la literalidad de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución española, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos cumplen una función de interpretación de los derechos reconocidos en el ordenamiento interno. En

³⁸⁹ Cfr. FAVOREU, Louis, *El bloque de la constitucionalidad*, trad. de E. Calderón, Simposium franco-español de Derecho constitucional, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pp. 19-25.

³⁹⁰ Entre estos principios, que al mismo tiempo han sido reconocidos por el Consejo Constitucional, destacan, por ejemplo, la libertad de asociación, los derechos de defensa, la libertad individual, la libertad de enseñanza y la libertad de conciencia. Cfr. *Ídem*, pp. 32-33.

³⁹¹ Cfr. *Ídem*, pp. 34-35.

³⁹² Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 353.

³⁹³ Cfr. *Ídem*, pp. 367-369. En el mismo sentido, ALEXI plantea que el «objeto y tarea de una teoría de los derechos fundamentales», se circunscribe a los derechos regulados en la Ley Fundamental de Bonn. Así, considera que los derechos deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. A su vez, las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Cfr. ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], 2ª ed., trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 11-18.

³⁹⁴ Los otros cauces de apertura que menciona PECES-BARBA son la realidad social (apertura al entorno) y la moralidad. Cfr. *Ídem*, pp. 386-407.

consecuencia, no integran de modo principal el subsistema de derechos fundamentales, sino que se vinculan con este bloque normativo de manera indirecta³⁹⁵.

Lo cierto es que el contexto jurídico, político y cultural en el que se inserta la novela interamericana requiere de una mirada distinta respecto de los planteamientos mencionados, los cuales circunscriben la posición relevante de los derechos a los ordenamientos nacionales. En efecto, el contexto de la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* es el de la apertura del Estado constitucional, el que abarca, como sabemos, los nuevos escenarios del pluralismo constitucional y la protección multinivel de los derechos fundamentales³⁹⁶. Este contexto, recordemos, invita a la teoría y a la práctica jurídica a «mirar más allá» de las fronteras del Estado soberano. Dicha mirada o visión se dirige hacia un «ordenamiento de los ordenamientos», el que, a su turno, no se articula en función de un único texto jurídico –constitucional o convencional del cual se derive la validez de las normas de los distintos sistemas–, sino en virtud de un patrimonio común de principios constitucionales materiales y derechos fundamentales, sean éstos que provengan de fuentes nacionales, regionales o universales.

Desde este prisma, entendemos que los derechos y libertades reconocidos en tratados internacionales deben ser considerados como parte sustantiva de ese patrimonio común distintivo del Estado constitucional del presente siglo. Deben ser vistos como elementos materiales indispensables del «bloque de constitucionalidad» de los diversos ordenamientos internos o, si se prefiere, del «subsistema jurídico de los derechos fundamentales» de cada sistema nacional. Cabe precisar que cada bloque o subsistema dentro de un ordenamiento jurídico interno, estará integrado por los derechos fundamentales de sus respectivos textos constitucionales, y por los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales que han ratificado y que, por lo tanto, son fuentes de su Derecho interno³⁹⁷.

³⁹⁵ La referencia al ordenamiento internacional la desarrolla bajo el epígrafe «La apertura a otros sistemas jurídicos». Cfr. *Ídem*, pp. 407-410.

³⁹⁶ Véase *supra*, Cap. II, § 3.1, pp. 42-47.

³⁹⁷ En esta línea se ha enmarcado, por ejemplo, parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, según la cual el bloque de constitucionalidad se encontraría «conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos [...]». Sentencia C-225/95, de 18 de mayo de 1995, citada por REY CANTOR, Ernesto, «El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2006, p. 311. Asimismo, en el

Lo primordial es poder ampliar y robustecer el contenido de la protección de los derechos, quedando en un segundo plano la ajada disputa entre monismo y dualismo que ha enfrentado al Derecho nacional e internacional. Esta disputa se ha centrado en aspectos formales o de jerarquía normativa en desmedro de las consideraciones sustantivas sobre los materiales jurídicos regulados por cada ordenamiento. Bajo nuestro enfoque, todos los derechos fundamentales que integran el bloque de constitucionalidad, sean de fuente nacional o internacional, se sitúan en un mismo nivel normativo. La diferencia que pueda presentarse entre éstos o entre sus documentos de origen no es formal sino sustantiva. A modo ilustrativo, si en un caso de tutela de derechos existe una divergencia interpretativa entre lo dispuesto en la Constitución y en un tratado sobre derechos humanos, debe preferirse aquella lectura que mejor proteja a la víctima o persona afectada, independientemente que provenga del texto constitucional o internacional³⁹⁸.

Es más, incluso debiésemos hablar de un «bloque de derechos fundamentales» y no de «constitucionalidad» –como tampoco de «convencionalidad»–, a fin de evitar que lo principal se difumine por cuestiones formales, esto es, para evitar que el contenido sustantivo de dicho bloque o subsistema se desdibuje por una accesorio disputa jerárquica entre las Constituciones estatales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La novela interamericana debe abogar por la consolidación de bloques o subsistemas de derechos fundamentales en los ordenamientos internos de la región, con el objetivo de facilitar la labor de protección y garantía de los mismos. De esta manera, los jueces-novelistas podrán participar en la novela teniendo especial claridad respecto de la identidad de los derechos y libertades fundamentales que concurren en las tramas argumentativas de sus capítulos. En otras palabras, podrán disponer de una subteoría del

ámbito normativo cabe destacar el carácter explícito y taxativo del bloque que consagra la Constitución de Argentina en su artículo 75, N° 22, párrafo segundo, disposición que señala: «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. [...]».

³⁹⁸ Sobre el principio de interpretación «pro persona», véase *infra*, Cap. IV, § 2.3.2.2, pp. 128-129.

objeto interpretado tanto al aplicar el control judicial de convencionalidad³⁹⁹, como los diversos procedimientos de tutela de los derechos, lo cual permitirá que sus narrativas logren sortear con mayor fluidez la dimensión de concordancia o ajuste que se exige a la novela.

2.3.2.2. La dimensión de justificación y criterios de interpretación coadyuvantes

La coherencia narrativa de la novela demanda, a su vez, que en cada uno de sus capítulos se logre la realización máxima de los valores que la sustentan y le confieren sentido, de manera tal que pueda obtenerse de forma permanente y sucesiva su mejor versión. La dimensión de justificación o valoración es una dimensión de moralidad política, en la que se juzga cuál de las posibles interpretaciones de los jueces-novelistas es la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo, comprendiendo la obra en su conjunto. Dicho de otro modo, es una dimensión sustantiva que determina cuál es la mejor justificación del respectivo capítulo de la novela (o práctica jurídica) desde el punto de vista de los valores o premisas axiológicas que la respaldan. Bajo este esquema interpretativo, los jueces-novelistas deben evaluar de qué manera su capítulo puede contribuir a que la novela sea reconocida como la mejor práctica jurídica posible entre diversas interpretaciones en tensión o juego, habida consideración, además, de la dialéctica jurisprudencial en la que se encuentra inmersa.

En este contexto de justificación, en virtud del cual se aducen razones jurídicas y de moralidad política para respaldar la interpretación o respuesta que prevalece sobre otras, pensamos que es atinente y recomendable que los jueces-novelistas puedan acudir a principios y «directivas interpretativas»⁴⁰⁰ coadyuvantes de la interpretación constructiva y que, al mismo tiempo, se han asentado en la jurisprudencia del sistema regional interamericano. Es el caso, entre los criterios más relevantes, de los principios de progresividad y pro persona, y de las directivas interpretativas teleológica y evolutiva.

³⁹⁹ El que seguirá consistiendo en un examen de confrontación normativa entre las disposiciones de la Convención Americana (que ahora forman parte del bloque de derechos fundamentales) y las normas del respectivo Derecho interno.

⁴⁰⁰ Utilizamos al efecto la nomenclatura del jurista polaco Jerzy WRÓBLEWSKY, para quien las directivas interpretativas permiten justificar la decisión interpretativa del órgano que aplica el Derecho. Estas directivas se conciben como reglas para determinar el significado del texto o material jurídico interpretado. Cfr. WRÓBLEWSKY, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pp. 35-36.

El «principio de progresividad» observa que el Derecho internacional de los derechos humanos, desde su surgimiento⁴⁰¹, se ha presentado como un fenómeno de expansión progresiva, ya que se ha apreciado en sus normas e instituciones una propensión continua a ampliar el alcance y la eficacia en su régimen, una tendencia constante de ir de menos a más, tanto en lo referente al número y contenido de los derechos tutelados, como en lo relativo al perfeccionamiento de los organismos y procedimientos internacionales de protección⁴⁰². Acorde a este principio, se considera que los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen un estándar básico de protección, en el sentido que sus normas y obligaciones representan el mínimo oponible a los ordenamientos internos. Así, los Estados partes no encuentran obstáculos para adoptar un régimen de protección más amplio y exigente, prohibiéndoseles, en cambio, bajar del umbral establecido en los citados instrumentos internacionales, los que disponen de un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción.

En la misma línea de protección ascendente, el «principio pro persona» o «pro homine» establece que frente a antinomias o contradicciones entre normas que consagren derechos fundamentales, sean de fuente constitucional o convencional, el intérprete debe preferir aquella disposición que otorgue una protección más vigorosa o más favorable a la persona que ha sido víctima de la vulneración de un derecho o libertad⁴⁰³. Conforme a este principio, se proscriben los efectos restrictivos o limitativos en la aplicación de los instrumentos sobre derechos humanos, prevaleciendo aquel texto que pueda proteger y garantizar de mejor manera el derecho en cuestión. Así lo

⁴⁰¹ Formalmente, el proceso de internacionalización de los derechos humanos se inicia en 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. A ésta le siguen la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diciembre de 1948, y la suscripción de los Pactos Internacionales de 1966, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Los instrumentos precitados conforman la llamada «Carta Internacional de Derechos Humanos», base esencial del Derecho internacional de los derechos humanos. Ella ha sido complementada por diversos tratados internacionales y regionales que han venido a extender y fortalecer el régimen de protección originalmente establecido. En el marco de los tratados regionales merecen ser citados el Tratado de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 o Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 o Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos convenios regionales han dado origen al sistema europeo y al sistema interamericano de derechos humanos, respectivamente.

⁴⁰² Cfr. NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 27.

⁴⁰³ Este principio también se conoce como «cláusula de favorabilidad» que, por lo general, se regula en las normas de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Cfr. ÁLVAREZ Felipe, BECERRA José y BENÍTEZ, Jorge, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 83.

establece, sin ir más lejos, la propia Convención Americana al señalar en su artículo 29 literal b), que ninguna disposición suya podrá ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados»⁴⁰⁴.

Por su lado, entre las directivas interpretativas destaca especialmente la «interpretación teleológica», toda vez que nos aporta criterios hermenéuticos definidos para respaldar el sentido o propósito de la novela y, por consiguiente, de cada uno de los capítulos que la integran. Esta directiva interpretativa se reconoce expresamente en las normas generales de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En particular, el artículo 31.1 señala que los pactos internacionales deben «interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*»⁴⁰⁵. En el ámbito de la tutela internacional de los derechos humanos, cabe recordar, la «interpretación teleológica» ha guiado de modo principal la lectura y comprensión de sus instrumentos de base. Al respecto, la Corte Interamericana ha manifestado que en este tipo de interpretación se debe examinar «el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección»⁴⁰⁶. En este marco, la Corte ha señalado de manera reiterada y uniforme que los tratados sobre derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. El objeto y fin de estos instrumentos, en su concepto, «son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes»⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica en su artículo 5.2 que: «[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado». A su vez, no está de más destacar que en el ámbito latinoamericano el principio «pro persona» ha sido reconocido formalmente en la Constitución de México (artículo 1 párrafo 2º), en virtud de la reforma de 2011. Al respecto, véase *supra*, Cap. I, § 3.1.1, p. 20, nota 55.

⁴⁰⁵ Las cursivas son nuestras. Véase *supra*, Cap. I, § 2.2.2, p. 17.

⁴⁰⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») versus Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257, párr. 257.

⁴⁰⁷ Cfr. Corte IDH, *El efecto de las reservas...*, *cit.*, párr. 29.

La finalidad de protección de los derechos y libertades fundamentales se presenta en una dimensión diacrónica, esto es, en una dimensión contextual de temporalidad que resulta ineludible para el intérprete. Esta dimensión se asocia con una visión dinámica de la práctica jurídica, nexo que permite reforzar el enfoque argumentativo del Derecho o la concepción de éste como una empresa discursiva en constante movimiento y elaboración. Siguiendo esta idea, se ha entendido que los instrumentos sobre derechos humanos deben ser abordados bajo los parámetros de una «interpretación evolutiva». Así lo ha confirmado expresamente la Corte Interamericana al sostener, acogiendo los planteamientos de su homóloga europea, que «los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»⁴⁰⁸. Asimismo, desde un prisma normativo, la Corte regional ha agregado que la interpretación evolutiva «es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados»⁴⁰⁹.

Al tener en consideración los principios y las directivas interpretativas que hemos expuesto, creemos que los jueces-novelistas disponen de mayores herramientas jurídicas para dar cumplimiento a la dimensión de justificación o valoración que demanda la novela interamericana. Sin perjuicio de ser una dimensión sustantiva o de moralidad política, necesaria para alcanzar la máxima realización de los valores que fundamentan la obra y así obtener su mejor versión, pensamos que en la medida que los intérpretes y creadores de la novela puedan ceñirse a estos criterios hermenéuticos, es más factible que presenten una mirada convergente en el desarrollo argumentativo de sus sucesivos capítulos. Lo determinante –y requerido por las dimensiones de concordancia y

⁴⁰⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros...*, cit., párr. 245. Las cursivas son nuestras. Este criterio interpretativo había sido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrer versus Reino Unido*, en el que señaló: «[...] la Convención Europea de Derechos Humanos es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales». Cfr. TEDH, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A, N° 26, párr. 31.

⁴⁰⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros...*, cit., párr. 245. En el mismo sentido, la Corte señaló en una opinión consultiva en torno a la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que era necesario aclarar «que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el *momento actual*, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración». Énfasis agregado. Cfr. Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, N° 10, párr. 37.

justificación—, es que la novela preserve su valor y exhiba una coherencia narrativa de tal forma que pueda leerse como la obra de un solo autor. Para estos efectos, resulta imprescindible que los jueces-novelistas compartan una filosofía y un lenguaje común en torno a los derechos. Esta visión compartida se facilitará si los intérpretes entienden que la novela debe transcurrir con una narrativa ascendente en el umbral de protección que brinda, acogiendo siempre la norma más favorable a la persona afectada y teniendo invariablemente presente sus fines y propósitos, así como la dimensión espacio-temporal en la que cada uno de sus capítulos tiene lugar.

2.4. ¿Quién es el editor de la novela? Sobre la doctrina del intérprete final de la Convención y la tesis de la única respuesta correcta

Una vez observadas las dimensiones de concordancia y justificación y, por ende, las fases o etapas de la interpretación constructiva, la filosofía jurídica dworkiniana considera que siempre podrá obtenerse una interpretación (o teoría) que presente al objeto interpretado como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece. De esta manera, en virtud del trabajo hermenéutico constructivo, siempre será posible encontrar una interpretación o respuesta correcta en el contexto de justificación del caso concreto. Esta respuesta correcta, recordemos, constituye para DWORKIN la posibilidad cierta de adoptar una decisión que represente la mejor versión de la práctica jurídica que se interpreta —en el marco de una determinada concepción del Derecho— y no la demostración empírica de su veracidad⁴¹⁰. En otras palabras, el que los razonamientos de una sentencia judicial ofrezcan sólidos argumentos para pensar que dicha decisión es la versión más lograda de acuerdo al Derecho vigente, es distinto del hecho de que puedan demostrar, en una dimensión cartesiana, que aquella sentencia es la respuesta verdadera o unívoca.

En la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*, cada capítulo debe contener el pronunciamiento jurisdiccional que represente la mejor versión que se haya escrito hasta ese momento, lo que indefectiblemente redundará en la calidad argumentativa del conjunto de la novela. Así, la novela interamericana se renovará y ampliará de manera constante y continua. Su labor de edición, en consecuencia, será ininterrumpida. Bajo este esquema de publicación, deben existir tantos editores como novelistas participan en esta obra colectiva. O, dicho de otro modo,

⁴¹⁰ Véase *supra*, Cap. III, § 3.3.3, pp. 103-104.

cada juez-novelistista debe ser capaz de ser el editor de su propio capítulo y, por consiguiente, de la novela.

La capacidad de los jueces-novelistas para crear y editar sus aportes narrativos debe evaluarse en función del peso argumentativo de los razonamientos que despliegan en sus respectivas sentencias. Para la novela, lo relevante es el carácter sustantivo de las razones contenidas en sus capítulos –aducidas bajo una estructura coherente de valores– y no el esquema de las premisas ni la observación de determinadas reglas procedimentales de la argumentación. De esta manera, es dable advertir que la novela interamericana, al igual que la filosofía del Derecho que la inspira, se identifica con los rasgos de una concepción material de la argumentación jurídica⁴¹¹. Es una obra en la que prevalece el contenido de su trama argumentativa antes que determinadas formas y reglas discursivas. Este contenido material debe erigirse sobre razonamientos jurídicos que proporcionen los estándares de protección más exigentes y sofisticados desde un prisma argumentativo e interpretativo.

Los razonamientos y fundamentos explicitados en la novela no deberán estar respaldados en la *potestas* de quien los incorpora, sino en su *auctoritas*, esto es, en el «saber socialmente reconocido» del novelista, independientemente del ordenamiento jurídico al que pertenezca. Por lo tanto, en la construcción de la novela no puede tener cabida la doctrina que sitúa a la Corte IDH como la «intérprete última de la Convención» o dueña exclusiva de la «última palabra interpretativa»⁴¹². Lo dicho no significa que en virtud de la obra se pretenda sustraer las competencias del órgano jurisdiccional interamericano. Nada más ajeno a sus propósitos. La Corte continuará resolviendo los litigios que se sometan a su decisión por la infracción de las obligaciones convencionales (función contenciosa), así como seguirá entregando sus opiniones sobre el sentido y alcance de la Convención Americana y demás instrumentos del sistema (función consultiva).

La cuestión de fondo es que desde el prisma de la novela interamericana y de la dialéctica jurisprudencial que representa, no existen impedimentos sustantivos para que la mejor versión interpretativa de los derechos reconocidos en la Convención y demás instrumentos de tutela, sea aportada por los novelistas de las jurisdicciones domésticas.

⁴¹¹ Véase *supra*, Cap. III, § 2.2.1, pp. 69-70.

⁴¹² Véase *supra*, Cap. II, § 4.2, p. 60.

De esta manera, la última palabra interpretativa o el último capítulo de referencia de la obra no se determinará en función del «poder socialmente reconocido» del juez-novelistas, sino en razón de su capacidad y calidad argumentativa. En efecto, si la novela se escribe acorde a una concepción material de la argumentación jurídica, resulta lógico aceptar que las versiones e interpretaciones más logradas de los derechos del sistema interamericano puedan provenir de los jueces nacionales, quienes, por su lado, deben estar en condiciones de responder a este reto jurisdiccional y narrativo.

Las interpretaciones que mejor respondan al sentido de la novela conforme a los valores que la respaldan, deberán ser acogidas por los jueces-novelistas en sus respectivas jurisprudencias. Ahora bien, si un novelista estima que la interpretación desarrollada en el capítulo precedente no es la adecuada, podrá controvertirla reformulándola en una nueva versión interpretativa. Para estos efectos, es necesario que el novelista pueda explicar y justificar el «error» del razonamiento judicial que considera incorrecto. En otras palabras, siguiendo una «doctrina del error»⁴¹³, el juez podría adoptar un propósito interpretativo diverso respecto de los capítulos que le anteceden, para lo cual deberá asumir la «carga de la argumentación». En este contexto, las razones que pueda aducir de ninguna manera significarán transformar la novela en una obra distinta, sino que representarán un nuevo enfoque argumentativo e interpretativo –en relación a los derechos del caso– en el marco de una historia narrativa asentada.

La admisión de la doctrina del error en la filosofía jurídica dworkiniana, permite comprender la inexistencia de respuestas unívocas o infalibles. La respuesta correcta del caso es una versión interpretativa que obedece a una determinada concepción del Derecho. Por lo tanto, es absurdo pensar que dicha versión pueda ser plausible para todas las concepciones o teorías jurídicas. Será la mejor y, por ende, la «única», para el enfoque del Derecho que le sirve de fundamento. Y, no obstante ello, cabe la posibilidad que esta versión sea superada por una nueva decisión que muestre al objeto interpretado bajo una mejor luz. Así acontece con los capítulos de la novela interamericana: no pueden catalogarse de verdaderos e indubitados. Representan la mejor versión de una práctica jurídica premunida de un sentido definido, como es la protección de los derechos y libertades de la región, bajo la estructura coherente de los

⁴¹³ Véase *supra*, Cap. III, § 3.3.2, p. 102, nota 340.

valores de dignidad y democracia. No responden a una esencia o contenido inmodificable, sino a un propósito que el intérprete o novelista debe ser capaz de develar y atribuir en el caso concreto.

Con la finalidad de criticar la tesis de la única respuesta correcta, Aulis AARNIO se pregunta «¿qué ocurre si hay dos Hércules?»⁴¹⁴. Por nuestra parte, consideramos que para la construcción de la novela interamericana dos son insuficientes. En efecto, esta obra colectiva necesita tantos Hércules como jueces existen en la región. O para ser más precisos: la novela requiere que los jueces que participan en ella realicen su labor jurisdiccional *como si* fueran Hércules. Vale decir, que escriban sus capítulos bajo la exigencia y el rigor de un paradigma de «habilidad, erudición, paciencia y perspicacia [sobrenatural]»⁴¹⁵, conforme al sentido y los valores de la novela que han sido expuestos. Con esto no pretendemos desconocer las inexorables limitaciones de la condición humana, sino instar a que la inteligencia de los razonamientos judiciales en el sistema regional interamericano pueda llegar al extremo de sus posibilidades.

3. A MODO DE EPÍLOGO

El control judicial de convencionalidad representa una práctica que puede contribuir de manera significativa a cambiar nuestros paradigmas en la forma de entender, aplicar e interpretar el Derecho en el marco de la tradición jurídica continental y, en particular, en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. Su estudio nos brinda una notable oportunidad para comprender no sólo el contenido y alcance de las profundas transformaciones que ha experimentado el Derecho desde mediados del siglo precedente, sino, sobre todo, su proyección y avance para la presente centuria.

⁴¹⁴ La inquietud de AARNIO es que dos o más Hércules pueden alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas. Lo concreto es que el Hércules de DWORKIN es «el» juez modelo de la concepción del Derecho como integridad. Por lo tanto, es un arquetipo teórico para que los jueces realicen su actividad jurisdiccional conforme a «esa» concepción del Derecho específica. Es más, en DWORKIN el problema no consistiría en que coexistieran dos o más Hércules, sino que cada uno de ellos defendiera distintas concepciones del Derecho. Cfr. AARNIO, Aulis, «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», trad. de J. Aguiló, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 8, 1990, p. 32.

⁴¹⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 177. DWORKIN es claro en señalar que «ningún juez real podría componer algo que se aproximara a una completa interpretación de todo el Derecho de su comunidad», como sí podría hacerlo Hércules, dotado «con talentos sobrehumanos y un tiempo infinito». En este sentido, es plenamente consciente que «un juez verdadero sólo puede imitar a Hércules en forma limitada». Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 177.

En tal sentido, consideramos que una justificación del control judicial de convencionalidad –en el contexto de las transformaciones y proyecciones aludidas– no debe limitarse a una descripción de las obligaciones establecidas en la Convención Americana y de los pronunciamientos de la Corte IDH que respaldarían y exigirían su presencia. Junto con este ejercicio de dogmática jurídica, tan necesario como insuficiente, es indispensable que se pueda reflexionar en torno a los fundamentos e implicancias del examen de convencionalidad desde la teoría del Derecho, esto es, desde un metalenguaje del lenguaje de la dogmática constitucional e internacional.

El control judicial de convencionalidad es una práctica jurídica que reclama, en consecuencia, planteamientos explicativos y justificativos acordes a los nuevos escenarios y presupuestos teóricos sobre los cuales se construye el Derecho, representados, respectivamente, por la apertura del Estado constitucional y el enfoque del Derecho como argumentación. Dichos planteamientos, asimismo, deben destacar la potencialidad transformadora de la referida práctica, cuya consolidación plena supone, en definitiva, un desafío más vasto y complejo como es un cambio de mentalidad de la cultura jurídica en América Latina.

La novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*, cimentada sobre las premisas y metáforas de la filosofía jurídica de Ronald DWORKIN, es una propuesta teórica que procura hacerse cargo de lo anterior. A saber, de entender el contexto jurídico, político y cultural en el que está inmersa y, sobre todo, de advertir la incidencia que la lectura de sus capítulos podría tener tanto para sus novelistas como para los diversos participantes del sistema interamericano de derechos humanos.

Ahora bien, somos conscientes que no pocos juristas formados en la tradición romano-germánica no sólo rechazan la metáfora de la novela en cadena para comprender la estructura y el funcionamiento del Derecho, sino que lisa y llanamente entienden que la filosofía jurídica de DWORKIN es exclusiva de la tradición anglosajona o de *common law*⁴¹⁶. Roberto VERNENGO, por ejemplo, al criticar la tesis dworkiniana de que no puede existir una escisión categórica entre la teoría jurídica y la aplicación del Derecho, señala que esta postura tal vez se refiera a «una diferencia básica entre las *formas de pensar* el Derecho en las culturas anglosajonas y en las culturas continentales

⁴¹⁶ Por su parte, dentro del ámbito anglosajón se ha señalado que la «teoría de Dworkin describe mejor la cultura jurídica y política anglo-estadounidense». Cfr. GUEST, Stephen, «Ronald Dworkin», *op. cit.*, p. 596.

de tradición romanista»⁴¹⁷. En el mismo sentido, Rafael DE ASÍS, al referirse a la tesis de los derechos en DWORKIN previene que es un autor «que pertenece a una determinada tradición jurídica como es la anglosajona que, entre otras características, mantiene una *concepción del Derecho* diferente a la europeo-continental»⁴¹⁸.

Lo cierto es que compartimos las observaciones y prevenciones de VERNENGO y DE ASÍS, las que no hacen sino confirmar las premisas y finalidades de nuestra propuesta teórica. En efecto, las citas de estos autores dejan de manifiesto que entre las «familias de Derechos» o tradiciones jurídicas anglosajona y continental no existen diferencias ontológicas, esto es, no son dos realidades invariables pertenecientes a universos o mundos físicos paralelos. Ambas tradiciones están conformadas por sistemas legales que se estructuran sobre la base de fuentes del Derecho –encabezadas por la Constitución–, instituciones, procedimientos y operadores jurídicos. Así las cosas, consideramos que la principal diferencia que existe entre estas tradiciones no estriba en sus elementos constitutivos –muchos de ellos compartidos–, sino en la *idea, enfoque o actitud* que se tiene respecto de éstos. En otras palabras, lo que define la caracterización de una u otra tradición jurídica es la *forma de pensar* o la *concepción* que se tenga en relación al Derecho y su práctica.

A este respecto, suscribimos la postura de Gustavo ZAGREBELSKY quien sostiene que detrás del Derecho de los textos están «las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado»⁴¹⁹. A su juicio, las soluciones a los grandes problemas jurídicos jamás se hallarán en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del «Derecho positivo». Lo que cuenta en última instancia –la raíz de las certezas y creencias comunes de los juristas– y de lo que todo depende, «es la *idea* del Derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia»⁴²⁰. ZAGREBELSKY agrega que la *idea* sobre el Derecho es tan determinante que «a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede

⁴¹⁷ Cfr. VERNENGO, Roberto, «El Derecho como interpretación e integridad», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, p. 45. Cursivas agregadas.

⁴¹⁸ Cfr. DE ASÍS, Rafael, «Dworkin y los derechos como triunfos», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, p. 168. Cursivas agregadas.

⁴¹⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil...*, op. cit., pp. 9-10.

⁴²⁰ Cfr. *Ídem*, p. 9. Énfasis añadido.

incluso prescindirse de la *cosa* misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña»⁴²¹.

Los sistemas legales se agrupan en torno a ideas, enfoques o actitudes compartidas sobre el Derecho dando origen a una tradición jurídica. El comparativista John MERRYMAN define a una tradición jurídica como «un conjunto de *actitudes* profundamente arraigadas [e] históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del Derecho, acerca del papel [del mismo] en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que [el Derecho] *se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse* [...]»⁴²².

La definición de MERRYMAN pone de manifiesto que las actitudes que se adoptan respecto de la estructura y funcionamiento del Derecho, de su rol e incidencia en la comunidad, son directamente proporcionales con la manera en que el fenómeno jurídico es comprendido, estudiado y enseñado. A través de la educación jurídica especializada, se transmite conscientemente —de generación en generación— un lenguaje técnico, usos terminológicos, esquemas conceptuales, métodos de análisis y hábitos mentales. En palabras de Ángel LATORRE, «precisamente en la preparación de esa *forma mentis*, en la práctica de esos métodos y en el dominio de ese lenguaje consiste la auténtica formación jurídica, más que en el conocimiento concreto de estas o aquellas normas legales»⁴²³. En el caso de la tradición continental, este rasgo ha sido determinante en su historia. Sobre el particular, René DAVID expresa que la tradición jurídica romano-germánica «siempre se ha fundado exclusivamente sobre una *comunidad de cultura*»⁴²⁴. Y, en este marco, los principales instrumentos a través de los cuales se han difundido las ideas que fundamentan y configuran la tradición, los focos de cultura por excelencia, han sido las Universidades⁴²⁵.

⁴²¹ Cfr. *Ibidem*.

⁴²² Cfr. MERRYMAN, John, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad* [1969], 2ª ed., trad. de E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, Chile, 1995, p. 17. Las cursivas son nuestras.

⁴²³ Cfr. LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2012, p. 115.

⁴²⁴ Cfr. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. P. Bravo de la 2ª edición francesa de 1968, Editorial Aguilar, Madrid, 1973, p. 28.

⁴²⁵ Cfr. *Ibidem*. Sobre este punto, cabe mencionar que la primera institución universitaria que se funda es la Universidad de Bolonia, en el año 1088, siendo Irnerio el primer profesor en impartir Derecho a través de la enseñanza del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. La preponderancia que han tenido los académicos en la formación jurídica, en la transmisión de la *forma mentis* en la tradición continental, ha permitido sostener que los principales protagonistas de esta tradición han sido los profesores. De

Dicho esto, creemos, al igual que DWORKIN, que el Derecho no se reduce a un catálogo de reglas o principios, ni tampoco a un grupo de funcionarios con sus potestades. Lo que define el imperio del Derecho «es la actitud [...] y no el territorio, el poder o el proceso»⁴²⁶. DWORKIN culmina su obra *El imperio de la justicia* señalando que esta actitud debe ser interpretativa, contendiente, constructiva y fraternal. Su pensamiento y enfoque jurídico está dirigido, en último término, «para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener»⁴²⁷.

En esta línea de razonamiento, consideramos que no existen impedimentos normativos ni institucionales para que los participantes del Derecho en el sistema regional interamericano conciban la práctica jurídica de acuerdo al enfoque propuesto en nuestra novela. Los impedimentos son de otra naturaleza y, por este motivo, más difíciles de remover. Son obstáculos o limitaciones culturales, vinculados principalmente con la formación jurídica de los participantes de la región y, en particular, de los jueces. Como bien explica DAVID, el papel de la jurisprudencia en la tradición continental, tanto en lo que se refiere a su alcance como a sus restricciones, sólo puede comprenderse en virtud de «una determinada *psicología judicial*»⁴²⁸. Ésta depende de los paradigmas que han asimilado, de la estructuración de la judicatura y, sobre todo, «del modo en que ellos mismos conciben la función judicial»⁴²⁹. Así, la autopercepción de los jueces en torno a su labor jurisdiccional es incluso más relevante que las normas y procedimientos que regulan su actividad. Desde luego, la idea, enfoque o actitud que tengan los jueces respecto del Derecho y la práctica judicial, determinará ni más ni menos que la forma de aplicación de las piezas e instituciones del

esta forma, se señala que así como la tradición anglosajona es fundamentalmente un Derecho de jueces, la tradición continental «es un Derecho de profesores». Cfr. MERRYMAN, John, *Sistemas legales...*, op. cit., p. 112.

⁴²⁶ Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., p. 289.

⁴²⁷ Cfr. *Ídem*, p. 290.

⁴²⁸ Cfr. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos...*, op. cit., p. 103. Las cursivas son nuestras.

⁴²⁹ Cfr. *Ibidem*. La percepción que la judicatura y la cultura jurídica han tenido respecto de la función judicial en el marco de la tradición continental, ha sido caracterizada por MERRYMAN en los siguientes términos: «[l]a imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica. Los grandes nombres del Derecho civil no son los de los jueces [...], sino los de los legisladores (Justiniano, Napoleón) y académicos (Gayo, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Savigny y una multitud de académicos europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez del Derecho civil no es un héroe cultural ni una figura paternal, como lo es frecuentemente [en la tradición anglosajona]. Su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente poco creativas». Cfr. MERRYMAN, John, *Sistemas legales...*, op. cit., p. 77.

edificio jurídico –en el marco de sus competencias–, como es el caso del control de convencionalidad.

Tal vez, en los hechos, la novela *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano* se trate de una empresa irrealizable o, recordando a HART, de un «noble sueño»⁴³⁰. No obstante ello, tenemos la convicción que a través de la propuesta y del enfoque que la obra plantea, es posible que los jueces (novelistas) puedan dimensionar e internalizar no tan sólo la considerable relevancia de su actividad, sino, en especial, la ingente responsabilidad que ésta involucra. Teniendo presente los nuevos escenarios y presupuestos teóricos sobre los cuales se erige el Derecho, sería verdaderamente lamentable que los jueces de América Latina, al igual que *monsieur Jourdain*, *El burgués gentilhomme*, no supieran que se comunican en prosa (argumentativa). Y es que con un desconocimiento de esta magnitud, mal podrían comprender la trascendencia de su narrativa para la protección y tutela de los derechos fundamentales en la región.

A juicio de ATIENZA, la principal contribución de Ronald DWORKIN a la filosofía del Derecho y a la cultura jurídica, ha consistido «en ensanchar los horizontes de los juristas al defender la idea de que el Derecho no puede verse como (no consiste sólo en) un conjunto de normas, sino que esencialmente es una práctica social destinada a satisfacer ciertos valores»⁴³¹. Siguiendo esta idea basal, a través de la novela interamericana hemos pretendido elaborar una fundamentación del control judicial de convencionalidad, entendiendo que su justificación teórica requiere ir más allá de una atenta lectura de las normas y decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Este enfoque nos ha permitido ampliar los márgenes doctrinales y teóricos de la discusión. El control judicial de convencionalidad es, antes que todo, una práctica destinada a cautelar y satisfacer las premisas axiológicas de la novela. Por lo tanto, el sentido de su aplicación –su fundamento y propósito– debe exceder la demarcación normativa y procedimental del Derecho positivo, con el fin de aportar a una narrativa que intente alcanzar y preservar los valores de dignidad y democracia en las sociedades latinoamericanas.

⁴³⁰ Sin perjuicio que esta denominación de HART es anterior a la metáfora de la novela en cadena y al «giro interpretativo» de la filosofía jurídica de DWORKIN, siendo concebida como una crítica a su modelo de aplicación judicial. Cfr. HART, Herbert, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño» [1977], trad. de J. J. Moreso y P. Navarro, en CASANOVAS P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, pp. 336-348.

⁴³¹ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Editorial Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 132.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en el presente Trabajo de Fin de Máster, cabe concluir que:

1. El control judicial de convencionalidad es una práctica jurídica que ha sido promovida desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los principales fundamentos que ha esgrimido la Corte para justificar la incorporación de esta práctica en los ordenamientos internos, dicen relación con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención Americana y de los principios de Derecho internacional regulados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En virtud de estas obligaciones y prescripciones internacionales, los jueces nacionales podrían determinar la compatibilidad de sus normas internas con las disposiciones del tratado regional, en el marco de sus respectivas competencias.
2. La discusión del control judicial de convencionalidad en la doctrina vinculada al sistema interamericano no ha sido zanjada, sin perjuicio que en la mayoría de los casos los autores se han mostrado proclives a su incorporación. Ahora bien, independientemente de los argumentos que se han formulado para respaldar o criticar la presencia de un control de convencionalidad en los ordenamientos internos, sus bases conceptuales se sustentan en las normas e instituciones del Derecho internacional y del Derecho constitucional. Así, el debate ha girado fundamentalmente en torno a la posición jerárquica de la Convención Americana, su interpretación y cumplimiento.
3. Sumado a lo anterior, parte de la doctrina, además de la propia Corte, han procurado justificar la aplicación del control judicial de convencionalidad, señalando que esta práctica constituiría una manifestación de un «diálogo jurisprudencial o interjurisdiccional» entre el Tribunal interamericano y los jueces nacionales. En este debate, carente de premisas claras y uniformes, se ha dado por hecho la existencia del mencionado diálogo en la región, sin haber reparado en sus características fundamentales ni haber explicado su articulación y relación conceptual con el control judicial de convencionalidad.

4. La idea de un «diálogo judicial» entre jurisdicciones de distintos ordenamientos surge en el contexto de la apertura del Estado constitucional, en el que concurren escenarios de pluralismo constitucional y protección multinivel de los derechos. En cuanto a su delimitación, no toda forma de comunicación entre tribunales constituye un diálogo judicial. Para que éste se verifique, es indispensable que los intervinientes se reconozcan mutuamente como interlocutores válidos y se relacionen bajo una lógica de interacción, mas no de mera influencia. Asimismo, se requiere un clima cultural que fomente un sentido de comunidad entre los diversos jueces que dialogan, sobre la base de un marco y lenguaje compartido.

5. Las características distintivas del diálogo judicial que explica la doctrina comparada, son propias de una práctica dialéctica antes que un proceso dialógico. La dialéctica involucra y comprende el diálogo, pero —a diferencia de este concepto—, agrega de forma explícita la argumentación como presupuesto ineludible de su ejercicio. En tal sentido, consideramos que la noción de diálogo judicial debe ser reemplazada por el concepto de «dialéctica jurisprudencial» para designar los vínculos de ajustes sucesivos que deben observarse entre los jueces que interactúan a través de procesos argumentativos, en constante disputa y retroalimentación, con la finalidad de elevar la calidad de sus razonamientos.

6. Desde el enfoque de la dialéctica jurisprudencial, el control judicial de convencionalidad representa un mecanismo idóneo para dar inicio a un proceso dialéctico o continuar uno en desarrollo. La sentencia de un juez que ejerce este control puede implicar una nueva tesis sobre el sentido de un derecho reconocido en la Convención, o bien una antítesis que refute una interpretación establecida por la Corte IDH. Por su parte, la Corte podrá acoger las nuevas lecturas de los jueces internos, incorporándolas en su jurisprudencia, como, también, controvertir dichas posiciones reformulándolas en una nueva versión interpretativa. Esta nueva versión, a su vez, quedará abierta para una futura interpretación que la confronte en el marco del proceso dialéctico interamericano.

7. La noción de «dialéctica jurisprudencial interamericana» representa un enlace o puente conceptual excepcional para la construcción de un planteamiento teórico que permita justificar el instituto del control judicial de convencionalidad en tanto práctica jurídica del sistema regional de protección. Nos invita a comprender el fenómeno

jurídico desde un enfoque en que el Derecho no se reduce a un conjunto de normas, comportamientos o juicios de valor, sino que consiste en una actividad, práctica o empresa en permanente elaboración en la que se participa. Este enfoque es el que considera el Derecho como argumentación.

8. La teoría del Derecho de Ronald DWORKIN se sitúa en el contexto de este enfoque argumentativo. Su filosofía jurídica ofrece los presupuestos metodológicos necesarios para elaborar una justificación teórica del control judicial de convencionalidad que pueda respaldar, a su vez, la viabilidad de un proceso dialéctico permanente entre la jurisprudencia de la Corte IDH y de los jueces internos. Las razones para acudir a DWORKIN se fundan, principalmente, en que adopta de forma explícita el enfoque del Derecho como argumentación, aborda este enfoque desde el punto de vista interno o del participante, destaca la trascendencia de la actividad judicial, y presenta una teoría jurídica que orienta la práctica.

9. Los aspectos de la filosofía jurídica de DWORKIN que permiten construir un marco teórico para la justificación del control de convencionalidad, dicen relación con su concepción interpretativa del Derecho denominada «Derecho como integridad» y, en particular, con su representación de la actividad judicial como una «novela en cadena». Para DWORKIN, el Derecho en cuanto fenómeno social argumentativo, consiste en la mejor justificación de las prácticas jurídicas vistas en su conjunto. Estas prácticas deben ser interpretadas de acuerdo a una estructura coherente de principios que confieren sentido a las reglas y orientan la labor de los intérpretes. La función de estos intérpretes puede ser comparada con la de un grupo de novelistas, en la que cada uno de ellos debe aportar un capítulo a fin de construir una sola obra o novela.

10. La metáfora de la novela en cadena y la teoría del Derecho que la fundamenta, pueden ser extrapolables a las prácticas jurídicas de la Corte IDH y de los jueces internos, en especial, de aquellos que deben efectuar el control de convencionalidad. De esta manera, es posible considerar a los jueces de la Corte y de las jurisdicciones domésticas *como si* fueran novelistas que participan en la construcción de una sola obra o novela. El género de la obra es la narrativa jurisprudencial y la trama argumentativa la tutela de los derechos fundamentales. Como reconocimiento al gestor intelectual de la obra, la novela podría ser titulada *Los derechos en serio en el sistema regional interamericano*.

11. Las sentencias de los jueces-novelistas representan los eslabones de la cadena argumentativa de la novela interamericana. Esta obra se podrá estructurar en tantos volúmenes como Estados partes tiene el sistema regional, o bien en razón de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención. Cada volumen o tomo albergará los capítulos escritos por los jueces-novelistas, sean éstos los jueces de la Corte IDH o los jueces nacionales. En el caso de los jueces internos, a través del control judicial de convencionalidad podrán aportar razonamientos jurídicos que signifiquen estándares de protección cada vez más exigentes y sofisticados en relación a pronunciamientos jurisdiccionales o capítulos precedentes.

12. La narrativa de la novela interamericana requiere, además de un catálogo que identifique los derechos fundamentales objeto de tutela, presupuestos axiológicos que orienten su interpretación. Estos presupuestos corresponden a los valores de dignidad y democracia. La concepción de dignidad comprende tres dimensiones: es una barrera de defensa física y moral de la persona, se vincula con la satisfacción de sus necesidades básicas, y es una manifestación de su autonomía moral para desarrollar sus planes de vida. Estas dimensiones de la dignidad pueden ser garantizadas de mejor manera desde la concepción de la democracia sustancial, en la que los derechos constituyen límites o cotos que se sustraen de la disponibilidad de la política y del mercado.

13. La novela interamericana constituye una narrativa que se articula sucesivamente sobre prácticas interpretativas. Desde el prisma de la interpretación constructiva, los jueces-novelistas deben estar en condiciones de atribuir un sentido a los capítulos de la novela para hacer de ésta el mejor ejemplo posible del género al cual pertenece. Para que este tipo de interpretación tenga cabida en la novela, es indispensable que los jueces nacionales y los de la Corte IDH adopten una actitud interpretativa frente a la práctica jurídica que representa la obra. Asimismo, ésta debe ser capaz de sortear las dimensiones de concordancia y de justificación con el propósito de resguardar su valor y, consecuentemente, su coherencia narrativa.

14. Cada capítulo de la novela interamericana debe contener la mejor versión que se haya escrito hasta ese momento, lo que necesariamente redundará en la calidad narrativa del conjunto de la obra. En consecuencia, cada juez-novelistista debe ser capaz de ser el editor de su propio capítulo y, por tanto, de la novela. De esta forma, la última palabra interpretativa no se determinará en función de la *potestas* del juez-novelistista, sino en

razón de su capacidad y calidad argumentativa. Bajo esta perspectiva, los capítulos de la novela no pueden catalogarse como respuestas verdaderas o unívocas. Por el contrario, son versiones interpretativas que –desde una determinada concepción del Derecho–, pretenden mostrar la obra o práctica jurídica bajo su mejor luz.

15. Por último, cabe destacar que no existen impedimentos normativos ni procedimentales para que los jueces y participantes del sistema regional de protección conciban la práctica jurídica de acuerdo al planteamiento de la novela interamericana. Lo que define y caracteriza la práctica del Derecho no son sus reglas ni sus instituciones, sino la idea, enfoque o actitud que se tenga respecto de éstas. Desde estos parámetros, consideramos que el control judicial de convencionalidad es, antes que todo, una práctica destinada a cautelar y satisfacer valores fundamentales para los países de América Latina, en el marco de una narrativa común y un contexto compartido en torno al lenguaje de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AARNIO, Aulis, «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», trad. de J. Aguiló, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 8, 1990, pp. 23-38.
- ACOSTA, Paola, «El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 347-368.
- ALBANESE, Susana, «La internacionalización del Derecho constitucional y la constitucionalización del Derecho internacional», en ALBANESE S. (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 13-45.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica* [1978], 2ª ed., trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales* [1986], 2ª ed., trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ Felipe, BECERRA José y BENÍTEZ, Jorge, *El constitucionalismo ante el control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, México, 2015.
- ANSUÁTEGUI, Fco. Javier, *Derechos humanos y diálogo judicial entre América y Europa: ¿hacia un nuevo modelo de Derecho?*, publicación en prensa, pp. 1-17.
- ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- _____, *El sentido del Derecho*, 3ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2007.
- _____, *El Derecho como argumentación*, 3ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2012.
- _____, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.
- _____, *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Editorial Pasos Perdidos, Madrid, 2013.
- AUSTIN, John, *El objeto de la Jurisprudencia* [1832], trad. de J. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- BAZÁN, Víctor, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, pp. 2-17. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>.
- _____, «Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, Fundación Profesor Manuel Broseta, Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 63-104.
- _____, «El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas», en BAZÁN, V. y NASH, C. (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Colombia, 2012, pp. 17-55.

- BENTHAM, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno* [1776], trad. de E. Bocardo, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986.
- BONORINO, Pablo, *Dworkin*, Ara Editores, Lima, 2010.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», en UGARTEMENDIA J.I. y JÁUREGUI G. (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 41-76.
- BUSTOS, Rafael, *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.
- _____, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.
- CALSAMIGLIA, Albert, «¿Por qué es importante Dworkin?», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 2, 1985, pp. 159-165.
- _____, «El concepto de integridad en Dworkin», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12, 1992, pp. 155-176.
- _____, «Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 485-507.
- CANDEL, Miguel, «El bucle dialéctico», en LÓPEZ, S. (ed.), *Sobre Dialéctica*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009, pp. 11-16.
- CARBONELL, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2013.
- _____, «La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el diálogo jurisprudencial», en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 599-616.
- CASTILLA, Karlos, «Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 33, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 149-172.
- CONTESSE, Jorge, *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2013, pp. 1-31. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf.
- CORTE IDH, *Informe Anual de Labores*, 2010. Disponible en sitio web de la Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2010.pdf.
- CORTINA, Adela, *Justicia cordial*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.
- DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. P. Bravo de la 2ª edición francesa de 1968, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.
- DE ASÍS, Rafael, «Dworkin y los derechos como triunfos», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 161-181.
- DE PÁRAMO, Juan, «Entrevista a H.L.A. HART», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 1988, pp. 339-361.

- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* [2010], 1ª ed., trad. de P. Tenorio, prólogo de J. García Roca, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.
- _____, «El diálogo entre tribunales», trad. de F. Reviriego, en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 481-500.
- DELGADO, José, «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002, pp. 15-43.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de M. Guastavino, con prólogo de A. Calsamiglia, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- _____, «Respuesta a la encuesta sobre problemas abiertos en la filosofía del Derecho», trad. de A. Calsamiglia, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 1, 1984, p. 79.
- _____, *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986.
- _____, *El imperio de la justicia* [1986], 2ª ed., trad. de C. Ferrari, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012.
- _____, *Una cuestión de principios* [1985], trad. de V. Boschioli, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.
- _____, *La justicia con toga* [2006], trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- _____, *Justicia para erizos* [2011], trad. de H. Pons, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- FAVOREU, Louis, *El bloque de la constitucionalidad*, trad. de E. Calderón, Simposium franco-español de Derecho constitucional, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y garantías. La ley del más débil* [1999], 5ª ed., trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- _____, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* [2007], vol. I, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2011, pp. 531-622.
- FUENTES, Ximena, *El Derecho internacional y el Derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2008, pp. 1-35. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Representación y democracia», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 6, 1989, pp. 143-164.
- GUEST, Stephen, «Ronald Dworkin», trad. de Mª. A. Rojas, en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 573-601.

- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- _____, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. de E. Mikunda-Franco, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- HART, Herbert, *El concepto de Derecho* [1961], 2ª ed., trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007.
- _____, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño» [1977], trad. de J. J. Moreso y P. Navarro, en CASANOVAS P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Editorial Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.
- _____, «Postscriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, trad. de M. Holguín, estudio preliminar de C. Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997, pp. 89-141.
- HITTERS, Juan Carlos, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2009, pp. 109-128.
- JINESTA, Ernesto, «Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales», en FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, Fundap, México, 2012, pp. 2-28.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 15ª ed., trad. de R. Vernengo de la 2ª edición de 1960, Editorial Porrúa, México, 2007.
- KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado* [1975], trad. de E. Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2012.
- LINFANTE, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LONDOÑO, María, «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, UNAM, México, 2010, pp. 761-814.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, London, 1978.
- _____, *Questioning Sovereignty. Law, State and nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, London, 1999.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del Derecho* [1992], trad. de M. Mendoza, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000.
- MAYER, Franz, «The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System», en A. VON BOGDANDY (ed.), *European Integration: the New German Scholarship, Jean Monet Working Paper*, 9, 2003.
- MERRYMAN, John, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad* [1969], 2ª ed., trad. de E. Suárez, Fondo de Cultura Económica, Chile, 1995.

- NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.
- NINO, Carlos, «Dworkin y la disolución de la controversia positivismo vs. iusnaturalismo», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 495-528.
- NOGUEIRA, Humberto, «El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 10, núm. 19, Universidad de Granada, 2013, pp. 221-270.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- PEGORARO, Lucio, «Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado», en FERRER MAC-GREGOR, E. y HERRERA, A. (coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 33-80.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* [1958], 1ª ed., trad. de J. Sevilla, Editorial Gredos, Madrid, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «Las fuentes del derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 115-159.
- PERNICE, Ingolf, «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *European Law Review*, vol. 27, 5, 2002.
- PRIETO, Luis, «Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, 1985, pp. 353-377.
- _____, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- _____, *El constitucionalismo de los derechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.
- QUINTANA, Fernando, «Hard cases y el problema de la única respuesta correcta», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 223-234.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Edición del Tricentenario, [en línea], Espasa, Madrid, 2014. Disponible en: <http://dle.rae.es>.
- REY CANTOR, Ernesto, «El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, Universidad de Talca, Chile, 2006, pp. 299-334.
- _____, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- RODRÍGUEZ, Mª del Carmen, «Nietzsche y Borges: metáfora, conocimiento y ficción», en *Daimon. Revista de Filosofía*, suplemento 1, Universidad de Murcia, 2007, pp. 149-155.
- SACRISTÁN, Manuel, «De la dialéctica», en LÓPEZ, S. (ed.), *Sobre Dialéctica*, El Viejo Topo, Barcelona, 2009, pp. 101-129.

- SAGÜÉS, Néstor, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad», en *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 2010, pp. 117-136.
- _____, *El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, pp. 381-417. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>.
- SANTOS, M^a. Lourdes, «Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2003, pp. 347-385.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, «A Typology of Transjudicial Communication», en *University of Richmond Law Review*, n. 29, 1994, pp. 99-137.
- SQUELLA, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- TORRES, Aída, «En defensa del pluralismo constitucional», en UGARTEMENDIA J.I. y JÁUREGUI G. (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 155-178.
- VERNENGO, Roberto, «El Derecho como interpretación e integridad», en *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38, Universidad de Valparaíso, Chile, 1993, pp. 17-44.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* [1999], trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, estudio preliminar de R. Gargarella y J. L. Martí, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WRÓBLEWSKY, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de A. Azurza, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], 10^a ed., trad. de M. Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- _____, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional* [2008], trad. de A. Mora y M. Martínez, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia, *Ávila Ríos y otros, y Campo Vega contra Electrocosta S.A. E.S.P.*, Acción de Tutela T-881-02, de 17 de octubre de 2002.
- Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75 CADH)*, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de diciembre de 1982, Serie A, N° 2.
- Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1 y 2 de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A, N° 7.
- Corte IDH, *Caso Godínez Cruz versus Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5.
- Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, N° 10.
- Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, N° 11.

- Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.
- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.
- Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta versus Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162.
- Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela versus Colombia*, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 163.
- Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, N° 186.
- Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.
- Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.
- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») versus Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C, N° 257.
- Corte IDH, *Caso Gelman versus Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013.
- Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, N° 21.
- Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas versus República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, N° 282.
- Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros versus El Salvador*, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, N° 285.
- Corte IDH, *Caso Maldonado Vargas y otros versus Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C, N° 300.
- TEDH, *Caso Tyrer versus Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A, N° 26.

Votos particulares jueces Corte IDH

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, voto razonado en *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.
- GARCÍA, Sergio, voto concurrente en *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.
- _____, voto concurrente en *Caso Tibi versus Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.
- _____, voto concurrente en *Caso López Álvarez versus Honduras*, sentencia de 1 febrero de 2006, Serie C, N° 141.
- _____, voto concurrente en *Caso Vargas Areco versus Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego, voto concurrente en *Caso Cepeda Vargas versus Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.